

# **Barnets beste- fra morspresumsjon til delt bosted**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 536

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 984 ord

24.11.2011

# Innholdsfortegnelse

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>  | <b><u>1</u></b>  |
| 1.1             | Presentasjon av tema  | 1                |
| 1.2             | Problemstilling og rettslig plassering  | 2                |
| 1.3             | Disposisjon   | 3                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>METODE, KILDER OG BEGREPER</u></b>  | <b><u>5</u></b>  |
| 2.1             | Rettslig utgangpunkt  | 5                |
| 2.2             | Metode og kilder  | 5                |
| 2.2.1           | Loven   | 5                |
| 2.2.2           | Forarbeider   | 6                |
| 2.2.3           | Rettspraksis  | 6                |
| 2.2.4           | Menneskerettigheter   | 7                |
| 2.2.4.1         | FNs konvensjon om barnets rettigheter   | 7                |
| 2.2.4.2         | Den europeiske menneskerettskonvensjon  | 8                |
| 2.2.5           | Juridisk teori og andre teoretiske perspektiver   | 8                |
| 2.3             | Begreper i barneloven   | 8                |
| 2.3.1           | Foreldreansvaret  | 8                |
| 2.3.2           | Bosted og omsorg  | 9                |
| 2.3.3           | Fast bosted og bostedskompetanse  | 9                |
| 2.3.4           | Delt bosted   | 10               |
| 2.3.5           | Samvær  | 10               |
| 2.3.6           | Hensyn  | 11               |
| 2.3.7           | Barnets beste som hensyn og prinsipp  | 11               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>HISTORISK TILBAKEBLIKK PÅ BARNELOVENS REGULERING AV BARNES<br/>BOSTED VED TVIST MELLOM FORELDRENE</u></b> | <b><u>13</u></b> |
| 3.1             | Innledning  | 13               |
| 3.2             | Barneloven av 1981  | 13               |

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| 3.2.1           | Foreldreansvaret og bosted  | 13               |
| 3.2.1.1         | Generelt  | 13               |
| 3.2.1.2         | Morspresumsjonen  | 14               |
| 3.2.2           | Samvær  | 15               |
| <b>3.3</b>      | <b>Lovendringsforslag og rettspraksis knyttet til barns bosted</b>    | <b>16</b>        |
| 3.3.1           | Lovendring i 1989   | 16               |
| 3.3.2           | Høyesterettspraksis   | 17               |
| 3.3.3           | Forarbeider til lovendring i 1997                                     | 18               |
| 3.3.4           | Andre lovendringsforslag  | 19               |
| 3.3.4.1         | Dok 8: 44 (1998-1999)   | 19               |
| 3.3.4.2         | Stortingsmelding nr. 29 (2002-2003) og behandlingen av den            | 19               |
| 3.3.4.3         | Ot.prp. nr. 11 (2005-2006)  | 21               |
| 3.3.4.4         | Uttalelse fra statsråden  | 22               |
| <b>3.4</b>      | <b>Oppsummering</b>   | <b>23</b>        |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>FORSKNINGEN SOM UNDERBYGGER NOU 1998: 17 OG NOU 2008: 9</u></b> | <b><u>24</u></b> |
| <b>4.1</b>      | <b>Innledning</b>   | <b>24</b>        |
| <b>4.2</b>      | <b>NOU 1998:17</b>  | <b>24</b>        |
| 4.2.1           | Generelt om barn og konflikter i familien                             | 24               |
| 4.2.2           | Forskningen om delt bosted når dette er en frivillig løsning.         | 25               |
| 4.2.3           | Forskningen knyttet til pålagt delt bosted                            | 26               |
| <b>4.3</b>      | <b>NOU 2008: 9</b>  | <b>28</b>        |
| 4.3.1           | Forskningen om delt bosted når dette er en frivillig løsning          | 28               |
| 4.3.2           | Forskningen knyttet til pålagt delt bosted                            | 29               |
| <b>4.4</b>      | <b>Oppsummering av forskningen på området</b>                         | <b>30</b>        |
| <b><u>5</u></b> | <b><u>ULIKE HENSYN – FRA MORSPRESUMSJON TIL DELT BOSTED</u></b>       | <b><u>32</u></b> |
| <b>5.1</b>      | <b>Innledning</b>   | <b>32</b>        |
| <b>5.2</b>      | <b>Hensynet til barns beste</b>                                       | <b>32</b>        |
| 5.2.1           | Argumentet om konkret prøving av det enkelte barnets beste            | 33               |
| 5.2.2           | Barnekonvensjonens krav til lovgivningen                              | 34               |
| 5.2.3           | Hensynet til barn som gruppe  | 35               |

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| <b>5.3</b>      | <b>Hensynet til kontakt med begge foreldre</b>                                 | <b>36</b>        |
| <b>5.4</b>      | <b>Foreldrerettigheter, rettferdighetshensyn og hensynet til barnets beste</b> | <b>38</b>        |
| 5.4.1           | Hensyn til far og fedres rettigheter   | 38               |
| 5.4.2           | Hensyn til mor og mødres interesser  | 39               |
| 5.4.3           | Hensynet til en rettferdig løsning   | 41               |
| 5.4.4           | Likestillingsargumenter  | 42               |
| 5.4.5           | Foreldrenes evne og vilje til samarbeid og barnets forutsetninger              | 43               |
| 5.4.6           | Delt bostedskompetanse   | 45               |
| 5.4.7           | Utvalgenes konklusjoner om delt bosted   | 46               |
| 5.4.7.1         | Avtalefrihet   | 46               |
| 5.4.7.2         | Pålagt delt bosted   | 46               |
| 5.4.8           | Departementets og stortingskomiteens behandling av NOU 2008: 9                 | 47               |
| <b>5.5</b>      | <b>Oppsummering og kommentarer til lovgivers vurderinger</b>                   | <b>49</b>        |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>RETTSPRAKSIS FRA LAGMANNSRETTENE</u></b>                                 | <b><u>52</u></b> |
| <b>6.1</b>      | <b>Innledning</b>  | <b>52</b>        |
| <b>6.2</b>      | <b>LG-2010-53338</b>   | <b>52</b>        |
| <b>6.3</b>      | <b>LB-2010-53483</b>   | <b>52</b>        |
| <b>6.4</b>      | <b>LF-2010-19134</b>   | <b>53</b>        |
| <b>6.5</b>      | <b>LB-2011-22730</b>   | <b>53</b>        |
| <b>6.6</b>      | <b>Oppsummering</b>  | <b>54</b>        |
| <b><u>7</u></b> | <b><u>MULIGE KONSEKVENSER AV PÅLAGT DELT BOSTED</u></b>                        | <b><u>55</u></b> |
| <b>7.1</b>      | <b>Innledning</b>  | <b>55</b>        |
| <b>7.2</b>      | <b>Samfunnsmessige konsekvenser</b>  | <b>55</b>        |
| <b>7.3</b>      | <b>Konsekvenser for foreldrene</b>   | <b>56</b>        |
| <b>7.4</b>      | <b>Konsekvenser for barna</b>  | <b>58</b>        |
| <b>7.5</b>      | <b>Konklusjon</b>  | <b>62</b>        |

|                 |                               |                  |
|-----------------|-------------------------------|------------------|
| <b><u>8</u></b> | <b><u>LITTERATURLISTE</u></b> | <b><u>63</u></b> |
| <b><u>9</u></b> | <b><u>TABELLER</u></b>        | <b><u>68</u></b> |

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema

Tema for denne masteroppgaven er domstolenes adgang til å bestemme at barn skal ha fast bosted både hos mor og far med hjemmel i barneloven § 36 andre ledd, andre punktum. Vilkåret er at det må foreligge 'særlege grunnar'. Bestemmelsen ble endret ved lov av 9. april 2010 nr. 13 som trådte i kraft 1. juli 2010. Endringen innebærer en mulighet til å fravike lovens hovedregel om at retten må avsi dom for at barnets faste bosted skal være hos en av foreldrene når en slik sak kommer til domstolsbehandling. Etter den nye bestemmelsen kan retten avgjøre at barnet skal ha fast bosted hos begge sine foreldre, mot en eller begge foreldres vilje.

Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre, heretter forkortet til bl eller omtalt som barneloven, regulerer rettsforholdet mellom barn og foreldre. Barneloven har blant annet regler for fastsettelse av hvem som er far og mor til barnet, foreldreansvar for barn, barns og foreldres rett til samvær med hverandre, beregning av bidrag med mer, i tillegg til regler for avgjørelse av hvor barnet skal bo fast. Domstolene behandler saker etter barneloven etter tvistelovens regler, med tillegg av de saksbehandlingsregler som følger av barneloven. Tvister om foreldreansvar, barns bosted og samvær oppstår typisk etter samlivsbrudd, men kan oppstå selv om foreldrene ikke har levd sammen.

I 2010 ble 21.935 par separert eller skilt. 23.183 barn under 18 år opplevde foreldres samlivsbrudd.<sup>1</sup> I tillegg kommer de mange samboende foreldre og deres barn som antakelig utgjør minst like mange personer. Tallene er relativt stabile fra år til år, dermed vil mellom 100.000 og 150.000 personer hvert år berøres av problemstillinger som reguleres av barneloven.

---

<sup>1</sup> Statistisk sentralbyrå (tall fra 2010)

Temaet vil bli aktuelt for mange familier på et eller flere tidspunkt. For barn og foreldre som må leve adskilt fra hverandre i større eller mindre deler av barnets oppvekst, er det derfor sentralt å finne gode løsninger slik at negative konsekvenser av samlivsbruddet blir minst mulig, både for barn og voksne. Det er bred enighet om at barndommen er av grunnleggende betydning for et menneskes utvikling. Det er derfor grunn til å tro at spørsmålet om hvor og hvordan barnet skal bo vil være en viktig faktor for barnets totale utvikling.

Samtidig berøres i stor grad grunnleggende juridiske rettigheter både for barn og voksne. Rettighetene beskyttes av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og av FNs barnekonvensjon (BK) artikkel 16 og kan oppsummeres som retten til et privatliv. Mitt tema vil ligge i skjæringspunktet mellom flere fagdisipliner. Kunnskap fra ulike fagfelt kan bidra til økt forståelse for utviklingen av barnelovens regler for avgjørelser om barns bosted etter foreldres samlivsbrudd.

## 1.2 Problemstilling og rettslig plassering

Oppgaven skal belyse utviklingen i lovgivers argumenter i saker hvor retten må ta stilling til hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd. Fremstillingen skal videre forsøke å gi noen mulige forklaringer på den utviklingen som fremkommer og til slutt si noe om mulige konsekvenser den siste lovendringen kan føre til for dem som berøres.

Hovedtyngden i fremstillingen vil være å vise utviklingen i lovgivers vurderinger av hensyn i tiden mellom barnelovens tilblivelse i 1981 og frem til siste lovendring i 2010. For å kunne gjøre dette, vil jeg fokusere på hvilke hensyn som er lagt til grunn, hvilke avveininger som er gjort og hvilke konklusjoner som er trukket. I et juridisk perspektiv kan det ses som de ulike hensyns relevans, slutning og vekt. Det vil være interessant å se om det er barnets interesser som er det sentrale eller hvorvidt det er andre hensyn som veier tyngre. Et annet spørsmål er om vurderingen av hva som er barnets beste er endret, eller om det er momenter i innholdet og vektingen av disse som er endret. Det vil også være av interesse å se hvilke politiske føringer som kan tenkes å være medvirkende til endringene og på hvilke tidspunkt endringer skjer.

Fokus vil dermed ligge på utviklingen av regelen og ikke regelen i seg selv. Dette innebærer at tolkningen av regelen vil få mindre fokus, mens argumentene som ligger til grunn for bestemmelsen, vil være det sentrale i denne fremstillingen.

### 1.3 Disposisjon

Utgangspunktet for fremstillingen er lagt til NOU 1977:35, og de vurderinger som barnelovutvalget foretok i tilknytning til mitt tema. Spørsmål om foreldreansvar og samvær er noe annet enn bostedsspørsmålet, men henger likevel så nært sammen med dette spørsmålet, både praktisk og tankemessig, at det vil være nødvendig for sammenhengens skyld å gi også disse elementene av barnets liv en omtale.

Problemstillinger knyttet til foreldreansvar og bosted var tett sammenvevd frem til lovendring i 1997. I senere tid er temaene hovedsakelig behandlet hver for seg. Regler og vurderinger om samvær vil bli omtalt i den grad de har betydning for sammenhengen, det samme vil foreldrenes adgang til å avtale delt bosted eller hvilke som helst annen bostedsløsning for sine barn.

I kapittel 2 vil jeg gjennomgå sentrale begreper, metode og bruk av kilder. Kapittel 3 vil gi et historisk tilbakeblikk fra nåværende barnelovs tilblivelse. Kapittel 4 vil gi et overblikk over den forskningen som underbygger utvalgenes vurderinger i henholdsvis NOU 1998: 17 og NOU 2008: 9. Kapittel 5 skal gi en oversikt over hvordan ulike hensyn er drøftet av lovgiver. Dette vil jeg gjøre gjennom å sammenligne argumentasjonen i NOU 1977: 35 knyttet til opphevelsen av morspresumsjonen og argumentasjonen i NOU 1998:17 og NOU 2008: 9 med hensyn til endringen i domstolens kompetanse til å idømme delt bosted. I samme kapittel vil jeg også drøfte mulige forklaringer på de endringene som fremkommer, med henvisning til ulike teoretiske perspektiver. Til slutt i kapittelet vil jeg oppsummere og kommentere lovgivers vurderinger av hensyn fra 1981 til 2010.

I kapittel 6 refereres noen avgjørelser fra lagmannsretten. Formålet er å gi eksempler på hvordan adgangen til å idømme delt bosted har vært vurdert i lagmannsrettspraksis.



Til slutt, i kapittel 7, vil jeg foreta en vurdering av mulige konsekvenser lovendringen i 2010 vil kunne få for de som berøres.

## 2 Metode, kilder og begreper

### 2.1 Rettslig utgangpunkt

Lovgivers adgang til å regulere forholdet mellom foreldre og barn ved lov, herunder hvilken kompetanse nasjonalstaten har til å gripe inn i dette forholdet ved rettslige avgjørelser, begrenses av Grunnloven og av de internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. På barnerettens område vil sentrale menneskerettighetskonvensjoner være EMK og BK. Begge konvensjonene omtales nærmere under punkt 2.2.4.

### 2.2 Metode og kilder

Denne fremstillingen vil ha fokus på utviklingen i barneloven. Av den grunn vil forarbeidene til loven utgjøre en stor del av de kilder som ligger til grunn for denne fremstillingen. For å få en helhetlig forståelse av argumentasjonen, vil en del av forskningen som ligger til grunn for utvalgenes vurderinger, bli referert i et eget kapittel.

Fremstillingen har dermed ikke et rent rettsdogmatisk siktemål. Den tradisjonelle juridiske metoden vil derfor ikke være like relevant som for tolkingen av en lovbestemmelse. Det vil likevel være slik at også lovgiver må forholde seg til rettskildene, om ikke på samme måte som rettsanvenderen. Min tilnærming vil være å ha fokus på hvilke hensyn lovgiver bygger argumentasjonen sin på, hvilken vekt det enkelte hensyn gis og hvilke slutning som trekkes ut av vurderingen. Ettersom hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, både i følge BK artikkel 3 nr. 1 og i følge bl § 48, vil dette hensynet få særskilt oppmerksomhet.

#### 2.2.1 Loven

Barneloven § 36 lyder slik etter at siste lovendring trådte i kraft:

” Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast hos anten ein av dei eller begge. Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei. Dersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.”

Både bestemmelsens første ledd og andre ledd, annet punktum ble endret. Første ledd innebærer en presisering av adgangen til å avtale enten et fast bosted eller fast bosted hos begge foreldrene og innebærer ingen realitetsendring.<sup>2</sup> Annet ledd, første punktum innebærer hovedregelen for hva domstolen kan pådømme. Dette er ikke endret. Siste punktum i annet ledd innebærer en ny og snever unntaksregel som gir domstolen adgang til å pålegge delt bosted dersom vilkåret om særlige grunner foreligger.<sup>3</sup>

### 2.2.2 Forarbeider

Lovforarbeidene vil utgjøre de mest sentrale kildene i denne fremstillingen.

Forarbeidene til siste lovendring er NOU 2008: 9, Ot. prp. 104 (2009-2010) og Innst.160 L (2009-2010) Jeg drøfter NOU 1998: 17 i sammenheng med NOU 2008: 9 med et sideblikk til NOU 1977: 35. Andre lovendringer og forslag i tiden mellom 1981 og 2008 er tatt med for å kunne belyse hvilke hensyn lovgiver har ment var sentrale og hvordan de ble vektlagt.

### 2.2.3 Rettspraksis

Lovendringen i 2010 er så ny at det ikke foreligger Høyesterettspraksis knyttet til nytt punktum i bl §36 annet ledd. Avgjørelser fra Høyesterett vil få mindre prejudikatsvirkninger i saker etter barneloven enn på andre rettsområder, ettersom den enkelte sak må vurderes konkret ut fra hensynet til det enkelte barnets beste. I denne fremstillingen er det tatt med rettspraksis som viser Høyesteretts forståelse av adgangen til å idømme delt bosted før lovendringen i 2010. Avgjørelser fra lagmannsretten er tatt med for å belyse lagmannsrettens vurderinger i spørsmål om delt bosted etter lovendringen. Rettssaker etter barneloven, dvs. tvister om foreldreansvar, samvær og barns bosted omtales i en del sammenhenger som barnefordelingssaker.

---

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73

## 2.2.4 Menneskerettigheter

### 2.2.4.1 FNs konvensjon om barnets rettigheter

Barnekonvensjonen fra 1989 er ratifisert av Norge i 1991. Konvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999 og gitt forrang i tilfelle av motstrid med nasjonal rett. Johanna Schiratzki, professor i rettsvitenskap ved universitet i Stockholm, siterer Abdullahi An-Naim på at barnekonvensjonen rommer ”mycket konsensus av liten substans”<sup>4</sup> Standpunktet kan nok diskuteres, men det er utvilsomt slik at innholdet i barnekonvensjonen pålegger statene en klar forpliktelse til å vokte over barns rettigheter, slik de kommer til uttrykk i de ulike artiklene. Konvensjonen har hatt stor innflytelse i synet på barn og barns rettigheter i norsk rett og er innarbeidet i norske lover på ulike vis. Sentralt i konvensjonen er artikkel 3 nr. 1:

”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.<sup>5</sup>

Begrepet barnets beste vil bli omtalt nærmere under punkt 2.3.7.

Artikkel 1 i barnekonvensjonen omtaler hvem som er barn. Dette er ”...ethvert menneske under 18 år...”<sup>6</sup>

Barnekonvensjonen artikkel 12 gir statene en forpliktelse til å sikre at barn blir hørt i saker som handler om dem, og at deres mening blir gitt ’behørig vekt’ i samsvar med deres alder og modenhet.

Artikkel 18 nr. 1 i barnekonvensjonen skal sikre anerkjennelse av prinsippet om at begge foreldre har et felles ansvar for barnets oppdragelse og utvikling. Siste punktum i artikkelens første ledd er klar på at ”Barnets beste skal for dem komme i første rekke”.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Schiratzki i *Barnets Bästa* (2003) s. 33

<sup>5</sup> BK artikkel 3 nr. 1

<sup>6</sup> BK artikkel 1

<sup>7</sup> BK artikkel 18 nr. 1

Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 1 gir staten en forpliktelse til å sikre at barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, med unntak av når dette er nødvendig av hensyn til barnets beste, og i situasjoner hvor foreldrene lever adskilt og det må treffes en avgjørelse av hvor barnet skal bo.

#### 2.2.4.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon

EMK artikkel 8 grunnfester en rett til respekt for, og en rett til privatliv og familieliv. Artikkel 8 nr. 2 konkretiserer at denne retten begrenser offentlige myndigheters adgang til inngrep i familie og privatliv og at inngrep bare kan skje på bestemte, og strenge vilkår. EMK artikkel 8 beskytter både barn og foreldres rett til privatliv, men har så langt hatt størst betydning for foreldrenes rettigheter.

#### 2.2.5 Juridisk teori og andre teoretiske perspektiver

Juridisk litteratur vil for min fremstilling, som tar sikte på å analysere hvilke hensyn lovgiver bygger på, fungere som referanse for de analyser og de vurderinger jeg foretar. Både Universitetet i Oslo og Universitetet i Tromsø har forskere og forfattere som har publisert grundige arbeider relatert til barnerettens område. I denne fremstillingen vises til Kirsten Sandberg og Trude Haugli som viktige bidragsyttere til fagfeltet.

Barnefordelingssaker kan vurderes ut fra ulike faglige disipliner. I denne fremstillingen vil det derfor også bli vist til forskning fra sosiologiens og psykologiens fagområde, blant annet har den danske sosiologen Mai Heide Ottosen og den engelske sosiologen Carol Smart interessante perspektiver på barnefordelingssaker. Danske Morten Nissen og norske Knut Rønbeck har skrevet om barnefordeling ut fra et psykologisk perspektiv. Det vil også bli vist til andre bidragsyttere på de ulike fagfeltene.

### 2.3 Begreper i barneloven

#### 2.3.1 Foreldreansvaret

Barneloven § 30 omhandler foreldreansvaret som kan sies å bestå av to deler. Den ene delen er oppdrageransvaret og omsorgsansvaret. Den andre delen av foreldreansvaret er

retten og plikten til å ta avgjørelser på vegne av barnet, frem til barnet selv blir i stand til det. Foreldreansvaret opphører når barnet fyller 18 år, men barnet skal tas med i beslutninger etter hvert som det blir modent nok. Avgjørelser med hensyn til utdanning, medisinske inngrep, livssynsspørsmål, utstedelse av pass, samtykke til adopsjon, navnevalg, ekteskapsinngåelse, flytting til utlandet med mer, ligger inn under foreldreansvaret slik at foreldrene må være enige om disse spørsmålene dersom de har felles foreldreansvar.<sup>8</sup> Spørsmål om barnet skal gå i barnehage, flytting innenlands og dagligdagse avgjørelser reguleres av § bl 37, se punkt 2.3.3.

Samboende og gifte foreldre har foreldreansvaret sammen, jfr. barneloven § 34 første ledd og § 35 andre ledd. En mor som ikke bor sammen med, eller er gift med barnets far, har i utgangspunktet foreldreansvaret alene, jfr. bl § 35 første ledd. Felles foreldreansvar kan avtales eller det kan avtales at far skal ha det alene, jfr. barneloven § 35 tredje ledd. Som utgangspunkt og hovedregel fortsetter foreldreansvaret å være felles ved skilsmisse og normalt også ved samlivsbrudd mellom samboende foreldre.<sup>9</sup>

### 2.3.2 Bosted og omsorg

Loven skiller mellom bosted og omsorg, ettersom omsorg vurderes til å være noe som begge foreldre må gi sine barn i sitt samvær med dem, uavhengig av hvor barnet bor. I någjeldende lov regulerer § 36 hvor barnet skal bo fast, mens omsorg omtales under bl § 30, som omhandler innholdet i foreldreansvaret.

### 2.3.3 Fast bosted og bostedskompetanse

Fast bosted er betegnelsen som brukes for å avgjøre hos hvem av foreldrene barnet bor fast. Fast bosted skal registreres i folkeregisteret og er bestemmende for hvem av foreldrene som får barnetrygd for barnet og hvem som innehar den avgjørelsesmyndighet som følger av bl § 37. Dette er avgjørelser knyttet til dagliglivet,

---

<sup>8</sup> NOU 2008: 9 s. 18

<sup>9</sup> Smith (2006) s. 97-102 og Backer (2008) s. 333-334

om barnet skal gå i barnehage og retten til å flytte med barnet innenlands. Avgjørelsesmyndigheten knyttet til fast bosted omtales som bostedskompetanse.<sup>10</sup>

#### 2.3.4 Delt bosted

Begrepet er ikke definert i loven. Delt bosted forstås som at barnet ikke har et fast bosted, men bor fast hos begge foreldrene. Avgjørende er ikke tiden som tilbringes hos hver av foreldrene, men hva som er avtalt, dvs. betegnelsen på ordningen.<sup>11</sup>

Ved delt bosted må foreldrene være enige om de ulike dagligdagse spørsmål, inkludert spørsmålet om flytting.<sup>12</sup> Hvorvidt foreldrene har adgang til å fordele beføyelsene mellom seg med rettslig virkning, fremkommer ikke klart av lov eller forarbeider.

Bostedskompetansen innebærer at det blir en viktig forskjell på om barnet har delt bosted eller om barnet har ett fast bosted og en av foreldrene har samværsrett, uansett om samværsretten innebærer 50 % samvær med barnet.

#### 2.3.5 Samvær

Samvær forstås som den tiden barnet er hos eller sammen med den av foreldrene som barnet ikke bor hos. Samvær måles i antall døgn i måneden. Samvær sier ikke noe om kvaliteten av tiden barn og foreldre tilbringer sammen eller om de faktisk er sammen. Grad av samvær får betydning for utmåling av bidrag, slik at samværstid kommer til fradrag i bidragsplikten.

I lov om barn født i ekteskap av 1956 ble det for første gang lovfestet at domstolen kunne fastsette samvær dersom dette var til barnets beste, selv om den som barnet bodde hos, motsatte seg dette. Praksisen om besøksrett for den som ikke bodde sammen med barnet var utviklet i fylkesmannsembeter, som før 1937 var den myndighet som

---

<sup>10</sup> NOU 2008: 9 s. 19

<sup>11</sup> NOU 2008: 9 s. 69

<sup>12</sup> Ot. pr. nr. 56 (1996-1997) s. 56

avgjorde slike spørsmål.<sup>13</sup> I plenumsdom fra 1940 slo Høyesterett fast at dette måtte følge av en naturlig fortolkning av loven og dens formål.<sup>14</sup> I loven av 1981 er det lovfestet en prinsipperklæring som gir barnet rett til samvær med begge foreldre, jfr. bl § 42.

### 2.3.6 Hensyn

Språkrådet skriver om det nynorske ordet omsyn at det er å ha tanke for noe, ta med i beregningen. Bokmålsutgaven skriver om hensyn at en betydning kan være 'på grunn av' eller det 'å la seg påvirke av'.<sup>15</sup> I denne fremstillingen vil hensyn bli brukt i betydningen grunn eller grunnlag for et standpunkt eller et argument.

Hensyn kan være av ulik karakter, det kan være rettslige hensyn, politiske hensyn eller samfunnsmessige hensyn. For lovgiver vil det være tale om hvilke hensyn som skal legges til grunn for lovgivningen og hvilke hensyn som skal ivaretas av loven eller en konkret bestemmelse. Politiske og samfunnsmessige hensyn kan være å ta stilling til en ønsket utvikling eller å la seg påvirke av den utviklingen som allerede pågår, for eksempel kan det være nødvendig å ta hensyn til endringer i samfunnet i etterkant av at barneloven ble vedtatt i 1981.

### 2.3.7 Barnets beste som hensyn og prinsipp

Barnets beste er et sentralt begrep i barneloven. Det følger av bl § 48 at både avgjørelser og saksbehandlingen i saker etter barneloven, blant annet i avgjørelse av hvor barnet skal bo fast, skal 'rette seg etter det som er best for barnet'. Trude Haugli skriver om barnets beste slik det kommer til uttrykk i BK artikkel 3 nr. 1 at den ikke angir en konkret rettighet, men at artikkelen fastslår at hensynet til barnets beste skal komme i første rekke og være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som omfatter barn.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Smith (2006) s. 169.

<sup>14</sup> Rt. 1940 s. 155

<sup>15</sup> Universitetet i Oslo (2010)

<sup>16</sup> Haugli i Barnekonvensjonen (2008) s. 46-51



Barnets beste brukes både som begrep, som hensyn og som prinsipp. Som rettslig prinsipp er det blitt kritisert for blant annet å være for vidtgående, med risiko for at det blir uforpliktende og dermed verdiløst. Et annet moment er at et så åpent prinsipp kan gi legitimitet for avgjørelser som det ikke nødvendigvis er grunnlag for. Tilsvarende vurdering vil antakelig også gjelde for lovgivningen. I denne fremstillingen vil 'barnets beste' først og fremst bli sett som et grunnleggende hensyn. 'Barns beste' og 'barnas beste' vil bli brukt i fremstillingen med samme betydning og innhold som 'barnets beste'.

### **3 Historisk tilbakeblikk på barnelovens regulering av barns bosted ved tvist mellom foreldrene**

#### **3.1 Innledning**

I forarbeidene til loven fra 1981 var barnets bosted ikke et selvstendig tema som noe adskilt fra foreldreansvaret. For å kunne følge utviklingen vil det derfor være nødvendig å se på drøftelsene knyttet til felles foreldreansvar og utviklingen av samværsretten for foreldre som ikke bodde sammen med barnet.

#### **3.2 Barneloven av 1981**

Utvalget som skulle utarbeide forslag til ny barnelov, ble oppnevnt ved kongelig resolusjon i 1975 og leverte i september 1977 sin innstilling NOU 1977: 35. I mandatet ble utvalget blant annet bedt om å vurdere ulike forhold knyttet til forholdet mellom foreldre og barn, blant annet foreslå nye regler for innhold og varighet av foreldremyndigheten (foreldreansvaret). Utvalget skulle i sitt arbeid vektlegge å fremme likestilling mellom morens og farens forhold til barnet.<sup>17</sup> Utvalgets forslag ble behandlet av Justisdepartementet i Ot.pr. nr. 62 (1979-1980) og videre av Stortingets justiskomiteen i Innst. O. nr. 30 (1979-1980).

##### **3.2.1 Foreldreansvaret og bosted**

###### **3.2.1.1 Generelt**

Utvalget foreslo at foreldrene fikk foreldreansvaret sammen, dersom de var samlevende eller gift.<sup>18</sup> Hvor foreldrene ikke levde sammen, var forslaget at mor skulle ha foreldreansvaret alene. Ved samlivsbrudd skulle foreldreansvaret fortsette å være felles. Forslaget innebar at domstolen kunne avgjøre at bare den ene av foreldrene skulle få

---

<sup>17</sup> NOU 1977: 35 s. 10-11

<sup>18</sup> NOU 1977:35 s. 62-63

foreldreansvaret.<sup>19</sup> Barnets bosted ble drøftet i sammenheng med tvister knyttet til foreldreansvaret, utredningens punkt 8.3.2.

Justisdepartementet støttet forslaget og ga i sin behandling av saken en interessant uttalelse: ” Men etter departementets mening kan man ikke generelt utelukke at det beste for barnet vil være felles foreldreansvar selv om foreldrene ikke har klart å bli enige om det uten avgjørelse fra offentlig instans”.<sup>20</sup> Justiskomiteen fulgte opp utvalgets forslag.<sup>21</sup>

### 3.2.1.2 Morspresumsjonen

I dagjeldende rett hadde mor et visst fortrinn i vurderingen av hvem som skulle få foreldreansvaret og hvem barnets skulle bo hos etter en skilsmisse.<sup>22</sup> Utvalget som utredet ny barnelov foreslo å fjerne dette kriteriet, den såkalte morspresumsjonen.<sup>23</sup> Etter utvalgets syn var presumsjonen både i strid med prinsippet om at barnets beste skulle være avgjørende, og med prinsippet om at begge foreldrene skulle stilles likt i forhold til barnet. Utvalget ønsket ikke å lovfeste andre kriterier for den rettslige vurderingen av foreldreansvar og bosted, utgangspunktet var at vurderingen i retten skulle være en konkret vurdering av det enkelte barnets beste.

Justisdepartementet og stortingskomiteen støttet utvalgets forslag.<sup>24</sup> Justiskomiteen ga uttrykk for bekymring for at en ukritisk bruk av morspresumsjonen ville kunne føre til at det ikke ble foretatt en grundig og tilstrekkelig vurdering av hva som var det konkrete barnets interesse i en aktuell sak. Både departementet og stortingskomiteen ga likevel uttrykk for at det oftest ville være mor som hadde hovedansvaret for små barn og at det

---

<sup>19</sup> NOU 1977: 35 s. 63-65

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 29

<sup>21</sup> Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 15-16

<sup>22</sup> Sandberg (1990) s. 19

<sup>23</sup> NOU 1977: 35 s. 63

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 28 og Innst. O nr. 30 (1980-1981) s. 13-15

ville innebære at hun også stod sterkt i en barnefordelingssak, ettersom barnet da vil være mest knyttet til henne.

Kirsten Sandberg har skrevet om striden rundt opphevelsen av morspresumsjonen.<sup>25</sup> Hun gjennomgikk ulike argumenter som var sentrale i diskusjonen som fulgte i kjølvannet av høringsrunden og Justiskomiteens videre arbeid. Opphevelsen av morspresumsjonen var omstridt og både de som ønsket å beholde den og de som ønsket å fjerne den, vektla til dels de samme hensyn, men vurderte og konkluderte ulikt. De ulike hensyn og argumenter som var sentrale vil bli drøftet nærmere i kapittel 5.

### 3.2.2 Samvær

Regelen om samværsrett ble foreslått å være den samme, uavhengig av foreldrenes sivilstand eller samlivsstatus på noe tidspunkt i barnets liv. Utvalget ønsket å programfeste en prinsipperklæring om rett til samvær også for barn født utenfor ekteskap, tilsvarende som for barn født i ekteskap. Hensynet til barnets rett til samvær ble vektlagt.<sup>26</sup>

Departementet ville også gi barnet en lovfestet rett til samvær med begge foreldre, men bare når foreldrene hadde levd sammen etter barnets fødsel, ikke som en generell regel.<sup>27</sup> For foreldre som ikke hadde levd sammen med barnet skulle samværsrett følge av avtale eller fastsettelse. Justiskomiteen støttet departementets forslag.<sup>28</sup> Begrunnelsen for å ikke innføre en generell samværsrett var dels av hensyn til moren, dels av hensyn til barnet.

---

<sup>25</sup> Sandberg (1990) s. 22-28.

<sup>26</sup> NOU 1977: 35 s. 74-77

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 35

<sup>28</sup> Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 17-18

### 3.3 Lovendringsforslag og rettspraksis knyttet til barns bosted

#### 3.3.1 Lovendring i 1989

Ot.prp. nr. 44 (1987-1988) og Innst. O. nr. 23 (1988-1989) behandlet lovendringsforslag, blant annet knyttet til samværsretten. Bakgrunnen var et høringsnotat fra Justisdepartementet av 13. august 1987. Departementet vurderte foreldres, i praksis fars, rett til samvær med barn han ikke bodde sammen med. Forslaget innebar at samvær skulle være lovens utgangspunkt. Fokus i drøftelsene var på farens rett til samvær, ikke barnets, jfr. proposisjonen § 44 annet ledd.<sup>29</sup> Dette ble problematisert av noen av høringsinstansene. Komiteen sluttet seg til departementets forslag. Vurderingen var begrunnet blant annet i hensynet til far; den som bidro til å forsørge barnet måtte også ha rett til samvær. Det ble pekt på farens spesielle rolle og betydning for barnet, uten at dette ble nærmere begrunnet. Hensynet til barns behov for god og regelmessig kontakt med begge sine foreldre var også et argument for å endre lovens utgangspunkt for samværsrett.<sup>30</sup> Lov av 3. mars 1989 nr. 8 endret daværende bl § 44 annet ledd slik at den nye bestemmelsen ga den av foreldrene som barnet ikke bodde sammen med, rett til samvær dersom ikke annet var avtalt eller fastsatt.

I Innst. O. nr. 23 (1988-1989) ble problemstillingen delt bosted for første gang drøftet som tema.<sup>31</sup> Justiskomiteen hadde merket seg at noen av høringsinstansene, spesielt Foreningen 2 foreldre, argumenterte sterkt for å gjøre endringer i barneloven. Deres forslag var at delt bosted (omtalt som delt omsorg i innstillingen) skulle være lovens utgangspunkt. Dette ville ta bort behovet for regulering av samværsrett. Stortingskomiteen mente at dette innebar så omfattende endringer av prinsipiell betydning at den ikke kunne ta stilling til forslaget.

---

<sup>29</sup> Ot. prp.nr. 44 (1987-1988) s. 12 og 75.

<sup>30</sup> Innst. O. nr. 23 (1988-1989) s. 2-4

<sup>31</sup> Innst. O. nr. 23 (1988-1989) s.2

### 3.3.2 Høyesterettspraksis

To kjennelser kan si noe om hvordan Høyesterett vurderte adgangen til å idømme delt bosted. Den første kjennelsen hører tidsmessig til før lovendringen i 1989, men på grunn av sammenhengen mellom dem har jeg valgt å behandle dem under ett.

Kjennelsen inntatt i Rt. 1986 s. 313 omhandler en begjæring om endring av barnets bosted frem til hovedforhandling i saken. Partene hadde avtalt og praktisert delt bosted, men den ene parten ønsket dette endret. Kjæremålsutvalget uttalte at lovens § 38 slik den da lød, ikke kunne tolkes slik at retten kunne pålegge partene å praktisere delt bosted mot den ene av foreldrenes vilje. Lagmannsrettens kjennelse ble derfor opphevet.<sup>32</sup>

I kjennelse inntatt i Rt. 1991 s. 1050 ble lovforståelsen fra avgjørelsen i 1986 nyansert noe.<sup>33</sup> Saken gjaldt også her en begjæring om midlertidig avgjørelse, med krav om endring fra delt bosted til et fast bosted. Lovforståelsen fra kjennelsen i 1986 ble opprettholdt, men ble nyansert for midlertidige avgjørelser. Kjæremålsutvalget uttalte at retten ikke kunne være avskåret fra å avslå begjæring om midlertidig avgjørelse når delt bosted var avtalt og praktisert da saken ble reist. Kjæremålsutvalget uttalte videre at situasjonen ellers ville være at den som reiser krav om endring av delt bosted ville ha krav på slik endring allerede fra saksanlegget.<sup>34</sup> Lagmannsrettens avgjørelse ble opprettholdt og dermed også avgjørelsen om å praktisere delt bosted.

Barne og familiedepartementet skriver i Ot. prp. nr. 56<sup>35</sup>, se under, at selv om kjennelsen fra 1986 gjaldt en midlertidig avgjørelse, var det antatt at samme lovforståelse måtte gjelde også for ordinære avgjørelser. Om kjennelsen fra 1991 skriver departementet samme sted at avgjørelsen er antatt å ikke endre rettstilstanden som lå til grunn fra avgjørelsen fra 1986.

---

<sup>32</sup> Rt. 1986 s. 313

<sup>33</sup> Rt. 1991 s. 1148

<sup>34</sup> Rt. 1991 s. 1050

<sup>35</sup> Ot.pr. nr. 56 (1996-1997) s. 56

### 3.3.3 Forarbeider til lovendring i 1997

Barnets bosted drøftes som eget tema av Barne - og familiedepartementet i Ot.prp. nr. 56 (1996-1997). Et forslag om endring knyttet til barnets bosted ble sendt på folkehøring, i tillegg til ordinær høring. Mange uttalte seg positivt om delt bosted, selv om dette ikke var et selvstendig tema i lovforslaget.<sup>36</sup>

Departementet drøftet forskjellen på 50% samvær og delt bosted og argumenterte for nødvendigheten av at en av foreldrene hadde bostedskompetanse og kunne ta nødvendige avgjørelser knyttet til barnet.<sup>37</sup> Departementet viste til at domstolen kunne pålegge samvær opp til 50 % av tiden og konkluderte med at det ikke skulle gis adgang til å pålegge delt bosted. Foreldrenes avtalerett ble opprettholdt.<sup>38</sup> Flertallet i Familie-, kultur og administrasjonskomiteen tilrådte departementets forslag i Innst. O. nr. 100 (1996-1997)<sup>39</sup>

Konklusjonen ble underbygget av forskning. Barne og familiedepartementet viste blant annet til Møreforsknings rapport « Foreldremekling. Brukarperspektivet » (Tor-Johan Ekeland og Vidar Myklebust, Volda 1997) og Haaland 1988. Begge undersøkelsene omtales nærmere under punkt 4.2.2. I tillegg ble det henvist til Tjersland (1991).<sup>40</sup> Undersøkelsen viste at delt bosted kunne fungere godt, men advarte mot å blande årsak og virkning. Det var ikke påvist at delt bosted førte til gode resultater, men at det var en sammenheng mellom delt bosted og tilfredsstillende samarbeid om barna. Det ble fremhevet at dette var basert på frivillig valgte løsninger. Familier som har fått slik løsning pålagt seg var langt mindre fornøyde med ordningen. Det ble også påpekt at delt bosted kunne være direkte uheldig for barn dersom foreldrene hadde sterke konflikter seg i mellom.

---

<sup>36</sup> Ot. prp. nr. 56 (1996-1997) s. 9-10

<sup>37</sup> Ot. pr. nr. 56 (1996-1997) s. 53-56

<sup>38</sup> Ot.pr. nr. 56 (1996-1997) s. 59

<sup>39</sup> Innst. O. nr. 100 (1996-1997) s. 23-24

<sup>40</sup> Ot. prp. nr. 56 (1996-1997) s. 58.

### 3.3.4 Andre lovendringsforslag

#### 3.3.4.1 Dok 8: 44 (1998-1999)

I et privat lovforslag, Dok 8: 44 (1998-1999) fremmet stortingsrepresentanter fra FrP forslag om endringer i barneloven. Forslagsstillerne ønsket en hovedregel om felles foreldreansvar for alle barn, uavhengig av foreldrenes samlivsstatus på fødselstidspunktet og på bruddtidspunktet. Videre ville de ha en ny hovedregel ved samlivsbrudd slik at foreldrene skulle ha felles omsorg for barnet. Forslaget innebar at barnet fra fylte et år, skulle bo en uke hos hver, dersom annet ikke var avtalt. I påvente av avtale eller rettsavgjørelse var forslaget at foreldrene skulle ha felles omsorg, forstått som at barnet skulle bo like mye hos begge, dvs. en uke hos hver.<sup>41</sup>

Familie-, kultur og administrasjonskomiteen som behandlet lovforslaget i Innst. O. nr. 44 (2000-2001), delte seg i et flertall og et mindretall, hvorav flertallet tilrådte å ikke fremme forslaget.<sup>42</sup>

#### 3.3.4.2 Stortingsmelding nr. 29 (2002-2003) og behandlingen av den

I 2003 avga regjeringen Stoltenberg 2, Stortingsmelding nr. 29 (2002-2003) Om familien - forpliktende samliv og foreldreskap. Stortingsmeldingen omtales som familiemeldingen. Stortingsmeldingen bygget blant annet på NOU 1998: 35 som vil bli omtalt nærmere under kapittel 5. I NOU 1998: 17 gikk et mindretall av utvalget inn for at delt bosted skulle kunne pålegges av domstolen, mens flertallet gikk imot. Familiemeldingen behandlet spørsmålet om delt bosted på nytt og vurderte om det kunne legges til rette for likere muligheter til å være foreldre. Andre tema var blant annet vold i nære relasjoner og fars rett til fødselspenger.<sup>43</sup>

Farsrollen var et av de momenter som familiemeldingen drøftet. Meldingen viste til at farsrollen de siste ti årene hadde fått stor oppmerksomhet og at fars medvirkning i

---

<sup>41</sup> Dok. 8: 44 (1998-1999) s.4

<sup>42</sup> Innst. O. nr. 44 (2000-2001) s. 9

<sup>43</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003)



barnas liv var viktig.<sup>44</sup> Far brukte stadig mer tid sammen med barna, men hadde samtidig større yrkesdeltakelse enn mødre. Det ble vist til en undersøkelse om samværsordninger hvor 60 % av samværsfedre ønsket en annen fordeling av hvor barnet skulle bo enn det som faktisk ble praktisert. Av disse ønsket 12 % av fedrene å ha barnet boende hos seg fast, mens 47 % ønsket delt bosted.<sup>45</sup>

Familiemeldingen drøftet hvordan kontakten mellom barn og foreldre kunne styrkes etter et samlivsbrudd og om delt bosted kunne tenkes å være et middel til å oppnå dette.<sup>46</sup> En hovedregel om delt bosted etter samlivsbrudd ville kunne føre til at foreldrene stilte mer likt når avgjørelsen om barnets bosted eventuelt måtte gjøres av offentlig myndighet. Videre ble det drøftet om en hovedregel om delt bosted ville kunne være konfliktdempende. Departementet la til grunn at delt bosted var den løsningen som betydde mest kontakt og samvær med begge foreldre.<sup>47</sup> Dette ville innebære at barnet fikk to hjem, noe som måtte avveies mot hensynet til mest mulig kontakt.

Pendling mellom to hjem ble sett som et mothensyn, ikke som et gode. Departementet problematiserte ikke hvorvidt barnets ønsker og barnets beste ville innebære eller tale for samme løsning. De ble vist til en undersøkelse gjort ved lagmannsrettene som viste at av de barna som ble spurt, valgte de aller fleste av dem en løsning med et fast bosted.<sup>48</sup>

Departementet synes å legge til grunn at det automatisk gir mer kontakt mellom foreldre og barn at de bor sammen. Likedan legges det grunn at like mye kontakt med begge foreldre er grunnleggende viktig for barn. Argumentene begrunnes ikke nærmere.

---

<sup>44</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003) s. 19.

<sup>45</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003) s. 19

<sup>46</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003) s. 21-22

<sup>47</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003) s. 19-20

<sup>48</sup> St. meld. nr. 29 (2002-2003) s. 22

Departementet konkluderte med at det skulle være full avtalefrihet, men ville ikke foreslå endringer som gikk ut på at loven skulle ha en hovedregel om delt bosted etter samlivsbrudd. Departementet konkluderte med at en løsning med delt bosted vil kunne være for krevende for foreldre med et høyt konfliktnivå seg i mellom.<sup>49</sup> Dette ble fulgt opp i Innst. S. nr. 53 (2003-2004) som ble behandlet av Familie, - kultur og administrasjonskomiteen.<sup>50</sup> Flertallet i komiteen viste blant annet til at et eventuelle pålegg fra domstolen om delt bosted for barn ville kunne stride mot fri bosettingsrett for foreldrene. Flertallet mente at de saker som kom for retten ofte var så konfliktfylte at det ikke ble sannsynliggjort at delt bosted ville ivareta barns behov. Komiteen tilrådte at det ble gjort mer forskning på området.

#### 3.3.4.3 Ot.prp. nr. 11 (2005-2006)

Ot.prp. nr. 11 (2005-2006) tilsvare Ot.prp.nr. 103 (2004-2005). Lovforslaget i Ot. prp. nr. 11 fulgte blant annet opp NOU 1998: 17; Barnefordelingssaker - avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted, NOU 2003: 31; Retten til et liv uten vold og St. meld nr. 29, referert over. Proposisjonen hadde flere tema, blant annet omfang av samvær, styrking av meklingsordningen og tiltak for å beskytte barn mot overgrep. Proposisjonen behandlet ikke direkte barnets bosted, men ettersom dette spørsmålet grenser tett opp til spørsmålet om samvær, får det likevel relevans for oppgavens tema.

Familie og kulturkomiteen som behandlet proposisjonen i Innst. O. nr. 35 (2005-2006) hadde blant annet en merknad knyttet til samværets omfang. Det ble understreket at komiteen var enig med departementet om at god kontakt med begge foreldre er av stor betydning for barnet etter et samlivsbrudd og at det måtte legges til grunn at mor og far er likeverdige omsorgspersoner. Flertallet av medlemmene støttet departementet i vektleggingen av ”best mulig foreldrekontakt etter samlivsbrudd” som norm for samvær. Komiteen ba likevel Regjeringen vurdere om dette kunne endres til ”mest mulig samvær”.<sup>51</sup> Medlemmene fra FrP henviste til FNs barnekonvensjon artikkel 9 og

---

<sup>49</sup> St. meld nr. 29 (2002-2003) s. 23

<sup>50</sup> Innst. S. nr. 53 (2003-2004) s. 24-25

<sup>51</sup> Innst. O. nr.35 (2005-2006) s.14

mente at den eneste løsningen i tråd med denne artikkelen måtte være delt omsorg. De ba derfor om Regjeringen fremme en egen sak ”i tråd med FNs barnekonvensjon”.<sup>52</sup>

Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt ble brukt av Høyesterett i en avgjørelse av hvor barnet skulle bo fast og hva som ville være den beste løsningen for en jente som under tvil ble flyttet fra mor til far. Avgjørelsen er inntatt i Rt. 2005 s. 682<sup>53</sup> og Trude Haugli skriver i en artikkel i 2008 at det etter hennes syn er en misforståelse hva som kan utledes fra dommen. Det som avgjørelsens premiss nr. 41 angir, er ikke mest mulig foreldrekontakt, men en henvisning til hvilken bostedsløsning som kan gi barnet best mulig stabilitet og hvem av foreldrene som best vil ivareta jentas behov for kontakt med begge foreldre.<sup>54</sup> Det kan se ut til at komiteen har misforstått Høyesteretts vurderinger.

#### 3.3.4.4 Uttalelse fra statsråden

I brev av 8. februar 2006 skriver daværende statsråd i Barne og likestillingsdepartementet, Karita Bekkemellem, til familie og kulturkomiteen at hun ønsker å gjennomgå barnelovens bestemmelser med siktemål å vurdere om loven ivaretar barnets beste og likestilling mellom foreldrene. Hun skriver blant annet: ”I disse sakene må man imidlertid, i tillegg til likestillingsperspektivet, også ha hensynet til barnets beste for øye.”<sup>55</sup> Smith og Lødrup er kritiske til uttalelsen og skriver at det etter deres syn ikke er plass til et selvstendig likestillingshensyn ved siden av barnets beste, verken i saker om hvor barnet skal bo etter samlivsbrudd eller i saker om samværsrett.<sup>56</sup> Uttalelsen sier uansett noe om perspektivet som trekkes opp for en mulig revisjon av loven, og dette viser seg også i mandatet til det utvalget som får oppgaven med å gjennomgå barneloven med sikte på å vurdere og foreslå endringer, se kapittel 5.

---

<sup>52</sup> Innst. O. nr. 35 (2005-2006) s. 15

<sup>53</sup> Rt. 2005 s. 682, premiss nr. 41

<sup>54</sup> Haugli (2008) s. 157

<sup>55</sup> Innst. O. nr. 35 (2005-2006) s. 26, vedlegg 3

<sup>56</sup> Smith (2006) s. 165

### 3.4 Oppsummering

Barnets bosted og foreldreansvar var under arbeidet med barneloven to sider av samme sak. Problemstillingene den gang var hovedsakelig knyttet til spørsmål om felles foreldreansvar, fedres samværsrett og opphevelsen av morspresumsjonen. I vurderingen av samværsretten gikk utvalgets forslag i NOU 1977: 35 lenger enn det som ble lovens bestemmelse.

Ved behandlingen av forslaget til lovendring i 1989 ble delt bosted første gang omtalt. Farsrettigheter og barnets behov for god og regelmessig kontakt med begge foreldre var nye hensyn som ikke var drøftet tidligere. Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) vektla at hensynet til barnet tilsa at delt bosted ikke skulle pålegges og at samværsordninger kunne ivareta barnets behov for kontakt med begge foreldre. I St. meld nr. 29 ble farsrollen, likestillingshensyn og barnets kontakt med begge foreldre vektlagt ytterligere.

## **4 Forskningen som underbygger NOU 1998: 17 og NOU 2008: 9**

### **4.1 Innledning**

I 1997 ble de nedsatt et utvalg som avga sin innstilling i NOU 1998: 17, hvor flertallet konkluderte med at det ikke skulle gis adgang til å idømme delt bosted. I 2007 ble det oppnevnt et utvalg som avga sin utredning i NOU 2008: 9. Utvalget skulle blant annet vurdere foreldreansvar og bosted. Flertallets konklusjon var å tilrå at domstolene i visse tilfelle skal kunne pålegge delt bosted. Som vist i kapittel 3, har det funnet sted lovendringsarbeid i tidsrommet mellom 1998 og 2008. Av hensyn til helheten i fremstillingen finner jeg det mest hensiktsmessig å presentere forskningen som underbygger de to utvalgenes konklusjoner i sammenheng. Dette gjelder også presentasjonen av utvalgenes vurdering av hensyn som følger under kapittel 5.

### **4.2 NOU 1998:17**

#### **4.2.1 Generelt om barn og konflikter i familien**

Terje Galtung var medlem av utvalget som leverte NOU 1998: 17. Han skrev et vedlegg til utredningen med oversikt over forskning knyttet til barn som lever mellom foreldre i konflikt. En del av denne forskningen gjengis her.

Galtung viser til at det er store individuelle forskjeller i barns ulike måter å håndtere påkjenninger innen familien, avhengig av barnets personlighet og hvor alvorlig, intens og varig konflikten mellom foreldrene er.<sup>57</sup> Barn kan bli sterkt og smertelig belastet av sine foreldres vedvarende konflikter og stridigheter, og en rettssak mellom foreldrene medfører ofte at konfliktene mellom foreldrene forsterkes, og reduserer omsorgen for barnet. I verste fall kan barna oppleve seg som maktesløse og verdiløse.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> NOU1998: 17 s. 124-125

<sup>58</sup> NOU 1998: 17 s. 124

#### 4.2.2 Forskningen om delt bosted når dette er en frivillig løsning.

Galtung referer til både norske og amerikanske undersøkelser når det gjelder delt bosted og hvordan dette fungerer for barna. I Norge har Haaland (1988) og Øberg og Øberg (1987) fremhevet at det må foreligge bestemte forutsetninger for at delt bosted skal kunne fungere.<sup>59</sup> Dette er momenter som at foreldrene må ha tillit til hverandre, det må være fravær av konflikter, foreldrene må bo nær hverandre, ha evne til samarbeid og være fleksible. Også barna må være fleksible, robuste og trygge. Sentralt ser ut til å være foreldrenes evne til kommunikasjon slik at barnet får opplevelse av at familien(e) deres henger sammen.

Ekeland og Myklebust, (Møreforsknings rapport 1997) studerte utviklingen av konflikten mellom foreldrepar som inngikk avtale om barna under meklingen.<sup>60</sup> De fant at de foreldre som valgte delt bosted hadde den største nedgang i konfliktnivået i løpet av året etter at avtalen ble inngått. Før mekling var disse foreldrene blant dem med høyest konfliktnivå.

Av amerikanske undersøkelser knyttet til frivillig delt bosted har Luepnitz (1986) undersøkt skilte familier, som hadde valgt ulike omsorgsløsninger, gjennomsnittlig 3,5 år etter skilsmissen.<sup>61</sup> Hennes hovedkonklusjon var at når delt bosted fungerte som best, var det en bedre ordning enn ett bosted. Foreldre som praktiserte delt bosted hadde mindre konflikter seg imellom. Hvor det likevel var slike konflikter, hadde barna oftere dårligere fungering.

McKinnon og Wallerstein (1986) fulgte i 1 til 4 år 25 familier som søkte hjelp i forbindelse med sin delte bostedsløsning. Barna var i alderen 1 til 5 år ved separasjonen. De fant at der begge foreldrene var opptatt av å gjøre det som var best for barnet, ga barnet god omsorg og beskyttet barnet mot foreldrekonflikt, hadde barnet en god fungering. Noen av de minste barna hadde en god fungering tidlig, deretter gradvis

---

<sup>59</sup> NOU 1998: 17 s. 126

<sup>60</sup> NOU 1998: 17 s. 128

<sup>61</sup> NOU 1998: 17 s. 126

dårligere. Dette syntes å variere med foreldrenes konflikt, mangelfull omsorg og at foreldrene ikke i tilstrekkelig grad kompenserte for virkningen av de stadige forandringer som delt bosted medførte for barnet.<sup>62</sup>

Little (1992) påviste i en seks års oppfølgingsundersøkelse at delte bostedsformer ofte går over til at barnet blir boende hos moren, men med mer involvering fra farens side enn der en slik ordning ikke var utgangspunktet.<sup>63</sup>

Irving og Benjamin (1992) undersøkte tilfredsheten hos kanadiske foreldre som praktiserte forskjellige bostedsformer flere år etter en skilsmisse.<sup>64</sup> De fant at delt bosted innebar flere fordeler for de familiene som hadde liten grad av ekteskapelig konflikt før skilsmissen. Videre fant de at dette krevde at de begge var barne-orienterte i sin foreldrefungering, hadde en gjensidig respekt for hverandres beslutninger, og var motivert for å akseptere og overkomme dagligdagse problemer og komplikasjoner som kunne oppstå. De uttrykte at disse faktorene skiller mellom de som bør og ikke bør velge delt bosted for sine barn.

#### 4.2.3 Forskningen knyttet til pålagt delt bosted

Johnston og medarbeidere (1989) har studert 100 familier der foreldrene ikke kunne enes om bosted og samvær, men fikk en ordning med delt bosted etter at de gikk til retten med saken. Ved oppfølgingen, gjennomsnittlig 4 ½ år etter separasjonen (2 ½ år etter domstolsbeslutningen), ble familiene undersøkt igjen. Da praktiserte 35 familier fortsatt en delt bostedsordning. De øvrige hadde på egen hånd funnet fram til andre bostedsløsninger for barnet. Resultatene viste at jo mer konflikt mellom foreldrene og jo hyppigere samvær, desto større var risikoen for at barnet ble trukket inn i foreldrenes stridigheter. De barn som hadde mest samvær med begge foreldre, var følelsesmessig og atferdsmessig mest forstyrret. De var mer deprimerte og tilbakeholdne, hadde mer somatiske plager og var mer aggressive. Undersøkelsen viste at konfliktene mellom

---

<sup>62</sup> NOU 1998: 17 s. 126

<sup>63</sup> NOU 1998:17 s. 127

<sup>64</sup> NOU 1998: 17 s. 127-128

foreldrene vedvarte og tildels ble forsterket i familier som hadde ordninger med delt bosted eller omfattende samværsordninger etter en rettssak. Til dels observerte forskerne at det utviklet seg en vond sirkel hvor barnets problemer ga næring til økt konflikt mellom foreldrene om omsorgs- og samværsordningen.<sup>65</sup>

Johnston og hennes medarbeidere konkluderte med at foreldre som brakte sin barnefordelingssak for retten syntes på viktige områder å være annerledes enn de som selv fant fram til en ordning. Derfor kunne ikke resultater fra frivillige ordninger overføres til de rettspålagte. De frarådet derfor delt bosted eller hyppig samvær i tilfelle der foreldrene ikke klarte å finne fram til en løsning, eventuelt med rådgivnings- og meklingshjelp.

Haugli konkluderte i 1995 med, etter å ha gjennomgått diverse amerikansk forskning på området, at det kommer for lite frem hvilke forutsetninger som må ligge til grunn for at delt bosted skal fungere positivt.<sup>66</sup> Hun mente at det er dokumentert som en klar betingelse at partene må være enige om og selv velge felles foreldreansvar og delt omsorg for at dette skal kunne fungere positivt. Tidligere undersøkelser av familier som var pålagt delt omsorg, viste at dette fungerte mye dårligere enn hvor foreldrene var enige om delt omsorg. Det hadde vært antatt at en deling av omsorgen ville kunne være konfliktdempende og at det nødvendige samarbeidet ville tvinge foreldrene til å få ting til å fungere. Dette ble ikke bekreftet. Undersøkelsene viste at barn i konfliktfylte delte omsorgsordninger hadde det mye verre enn barn som vokste opp i en tradisjonell ene-omsorgsfamilie, hvor det også kunne være sterke konflikter.<sup>67</sup>

Galtung oppsummerer at forskningen ikke kan gi entydige svar på hva som er best for barn.<sup>68</sup> Både fast bosted og delt bosted kan etter omstendighetene fungere godt både for barn og deres familier. Delt bosted forutsetter at foreldre har gjensidig respekt for

---

<sup>65</sup> NOU 1998: 17 s. 128

<sup>66</sup> NOU 1998: 17 s. 80

<sup>67</sup> NOU 1998: 19 s. 80

<sup>68</sup> NOU 1998: 17 s. 129



hverandre, hyppig kontakt, er fleksible og samarbeider godt. Foreldre med alvorlige og vedvarende konflikter vil kunne ha problemer med å samarbeide til barnets beste, og delt bosted vil i slike tilfelle kunne føre til problemer for barnet. Det synes derfor ikke tilrådelig å pålegge foreldre i familier der konfliktene er store, å ha delt bosted for sine barn, når foreldre ikke selv eller ved hjelp av mekler kan komme frem til en slik løsning.

#### 4.3 NOU 2008: 9

##### 4.3.1 Forskningen om delt bosted når dette er en frivillig løsning

Skjørtten med flere har på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet i 2006 undersøkt hvordan barn og foreldre lever med delt bosted når dette er et frivillig valg.<sup>69</sup> Undersøkelsen avdekket at både foreldre og barn oppgav at de var fornøyde med ordningen og hadde overvunnet de praktiske utfordringene med ordningen over tid. Undersøkelsen konkluderte med at delt bosted kan fungere bra for mange barn. Det ble imidlertid presisert at det ikke kan konkluderes med at ordningen vil passe for alle, eller de fleste barn. Tvert imot avdekket undersøkelsen at en del barn ikke trivdes med ordningen. Etter forskernes syn må det vurderes konkret i hver enkelt sak hva som vil være akkurat dette barnets beste i forhold til valg av bosted. Det ble pekt på at barn ikke alltid klarer å gi uttrykk for sine frustrasjoner fordi de kan være redde for å gi uttrykk for synspunkter som kan såre foreldrene eller bidra til konflikter mellom dem. Utvalget i 2008: 9 uttalte at det måtte legges betydelig vekt på undersøkelsen ettersom den både var ny, norsk og relativt omfattende.<sup>70</sup>

Det ble videre vist til Møreforsknings rapport ved Ekeland og Myklebust som også Ot. prp. nr. 56 (1996-1997) og NOU 1998: 17 viste til, se punkt 4.2.2, med fokus på at par som avtalte delt bosted opplevde en reduksjon av konflikten.<sup>71</sup> Moxnes og Winge i 2002 så at foreldre som samarbeidet mye var mer fornøyde enn de som samarbeidet

---

<sup>69</sup> NOU 2008: 9 s. 72-73

<sup>70</sup> NOU 2008: 9 s. 73

<sup>71</sup> NOU 2008: 9 s. 73

lite.<sup>72</sup> Det ble også vist til Øberg og Øberg i dette forarbeidet,<sup>73</sup> omtalt nærmere under punkt 4.2.2.

Bausermann (2002), oppsummerte, basert på en metaanalyse av internasjonale og amerikanske forhold, at barn som lever med en løsning tilsvarende delt bosted etter norsk rett, scorer bedre på sosial tilpasning enn barn som lever sammen med bare en av foreldrene.<sup>74</sup>

#### 4.3.2 Forskningen knyttet til pålagt delt bosted

Utvalget som i 2008 skulle vurdere mulige lovendringer, mente at de avveininger som ble gjort under arbeidet med NOU 1998: 17, fremdeles hadde relevans for utvalget sin drøftelse i 2008.<sup>75</sup> Utvalget viste til vedlegget i NOU 1998: 17 ved Terje Galtung og de undersøkelser som der ble gjennomgått, se punktene 4.2.2 og 4.2.3.

Det vises også til en mindre svensk undersøkelse av åtte familier.<sup>76</sup> Halvparten av disse praktiserte delt bosted et år etter rettens idømmelse av delt bosted. Fire av familiene mente delt bosted fungerte bra både for dem og for barna deres. De resterende fire familiene hadde ikke vært fornøyde med delt bosted og hadde funnet andre løsninger.

Andenæs viser til likhetstrekk mellom Sverige, New Zealand og Australia hvor det er adgang til å pålegge foreldre delt bosted for sine barn. Det ene er at det ser ut til å bli stadig flere foreldre som ikke blir enige om bostedsløsninger for sine barn og trenger domstolens hjelp. Det andre er at dommerne vektlegger sterkt barnets rett til kontakt med begge foreldre, i større utstrekning enn det i følge henne, var grunn til. ”Når først muligheten til å idømme delt bosted foreligger, ser det altså ut til at den blir tatt i bruk,

---

<sup>72</sup> NOU 2008: 9 s. 73

<sup>73</sup> NOU 2008: 9 s. 73

<sup>74</sup> NOU 2008: 9 s. 73

<sup>75</sup> NOU 2008: 9 s. 74

<sup>76</sup> NOU 2008: 9 s. 76

også der det ikke var meningen.”<sup>77</sup> Delt bosted blir idømt også i saker hvor det er høyt konfliktnivå mellom partene og hvor en av partene, oftest mor, er imot det. Videre er det blitt vanskelig å få foreldreansvaret tillagt bare den ene, og det er blitt vanskeligere for foreldrene å flytte.<sup>78</sup>

#### 4.4 Oppsummering av forskningen på området

Forskningen viser at frivillige løsninger med delt bosted for barn kan fungere bra både for foreldre og barn. Det som er gjennomgående i disse undersøkelsene er nettopp at løsningen er frivillig, basert på hva familien kan bli enige om, og at gitte forutsetninger foreligger.

Undersøkelser av familier som har fått delt bosted pålagt seg av en domstol, viser at disse gjennomgående er mindre fornøyd med ordningen enn de som valgte en slik løsning på frivillig grunnlag. En del av dem velger andre løsninger til tross for at det foreligger dom. Videre fremkommer det at par som har høyt konfliktnivå før og under rettssak, fremdeles har høy grad av konflikt mellom seg flere år etter domsavsigelse. Et tredje funn er at det påvises at barn som lever tett på foreldre i konflikt, er mye mer utsatt for psykiske skader og har en høyere risiko for følelsesmessige og atferdsmessige forstyrrelser enn barn som lever med bare en av foreldrene.

Det som fremkommer er i tråd med det som Carol Smart finner i sin undersøkelse av barns erfaringer med delt bosted i England.<sup>79</sup> Hun finner at bostedsløsninger som er fleksible og har fokus på barnas behov, samtidig som foreldrene samarbeider godt, fungerer bra for barna. Barn som lever med rigide løsninger basert på foreldres behov og hvor barna ikke blir sett på sine behov har det ikke bra med delt bosted. Hun skriver også om den grunnleggende betydningen det har at barnet føler seg hjemme i begge foreldrenes hus. Tilsvarende konklusjoner trekker Nissen fra sin forskning i

---

<sup>77</sup> NOU 2008:9 s. 76

<sup>78</sup> NOU 2008: 9 s. 76-77

<sup>79</sup> Smart (2004) s. 484-501

Danmark.<sup>80</sup>

Utvalget som avga sin innstilling i NOU 1998: 35 og lovutvalget i NOU 2008: 9 bygger langt på vei på den samme forskningen. Utvalgene trekker likevel ulike konklusjoner. Drøftingen under i kapittel 5 kan kanskje si noe om årsaker til dette.

---

<sup>80</sup> Nissen (1994) s. 113-116

## **5 Ulike hensyn – fra morspresumsjon til delt bosted**

### **5.1 Innledning**

Diskusjonen om opphevelsen av morspresumsjonen i 1977, og drøftelsene for og mot en endring av domstolens kompetanse til å idømme delt bosted i 1998 og 2008, har visse likheter i argumentasjonen. Fellestrekket er at de på viktige områder tar utgangspunkt i de samme hensyn, men tillegger dem ulik vekt og kommer dermed til ulike konklusjoner. Likheter og forskjeller vil avspeile den utviklingen som har funnet sted de siste tretti årene i synet på hva som er barnets beste. Jeg skal forsøke å sortere argumentene etter hvilke interesser og hensyn de skal ivareta.

For denne fremstillingen er det interessant hvordan utviklingen skjer og hva som kan forklare endringene. Jeg vil derfor trekke inn ulike perspektiv som kan bidra til å sette argumentasjonen inn i en større sammenheng.

Utvalget som leverte sin innstilling til ny barnelov i NOU 1977: 35 er omtalt i kapittel 3. Utvalget i NOU 1998:35 skulle drøfte hvorvidt det burde opprettes en særdomstol og om denne eventuelt skulle gis kompetanse til å pålegge foreldre å praktisere delt bosted for sine barn.<sup>81</sup> Mandatet til utvalget i NOU 2008: 9 var blant annet å vurdere om barnets beste bedre kunne ivaretas ved en likere fordeling av omsorg og ansvar mellom foreldre.<sup>82</sup> Videre skulle utvalget vurdere om et mer likestilt utgangspunkt kunne bidra til å dempe konflikter mellom foreldrene.

### **5.2 Hensynet til barns beste**

Hensynet til barnets beste rommer både hensynet til det enkelte barn i en konkret sak og hensynet til hva lovgiver mener er interessene til barn som gruppe.

---

<sup>81</sup> NOU 1998: 35 s. 14

<sup>82</sup> NOU 2008: 9 s. 15

Barnets beste er et begrep som går igjen i alle forarbeider og er også nedfelt i bl § 48. Lovutvalget i NOU 2008: 9 mener det må ses som et kriterium som kvaliteten av avgjørelsene må prøves mot.<sup>83</sup> Et så åpent kriterium har både fordeler og ulemper. Fordelen er at det kan tas konkrete hensyn til akkurat dette barnet, dersom kriteriet virkelig er så åpent. Mye tyder på at det utvikles momenter og presumsjoner som gjør at det i virkeligheten blir mindre åpent.<sup>84</sup> Et annet moment er at et åpent kriterium kan kamuflere andre interesser og hensyn og bidra til at resultatet ikke blir det som er best for barnet.

### 5.2.1 Argumentet om konkret prøving av det enkelte barnets beste

I vurderingen av domstolens adgang til å pådømme delt bosted, kan vi finne igjen noen av de samme hensyn som for opphevelsen av morspresumsjonen. I vurderingen av tvungent delt bosted, drøfter både utvalget i 1998 og utvalget i 2008 utførlig de mothensyn som finnes mot å utvide domstolens kompetanse til å pålegge delt bosted.

Kirsten Sandberg skriver at hensyn mot å oppheve morspresumsjonen ikke ble drøftet av noen av de instanser som behandlet lovforslaget om opphevelsen av presumsjonen.<sup>85</sup> Regelen ble skjønnsmessig utformet med barnets beste som eneste kriterium for vurderingen av hvor barnet skulle bo.

Hensynet til barnet var et sentralt argument både for dem som ønsket å fjerne morspresumsjonen og for dem som ønsket å beholde den. Argumentet som ble anført for en opphevelse, var at en fryktet at morspresumsjonen ville stenge for en konkret prøving i den enkelte sak og dermed at barnets beste ikke ble resultatet. Tilhengerne av morspresumsjonen mente at en slik presumsjon ikke utgjorde noen trussel ettersom den kun var subsidiær til vurderingen av barnets beste.

---

<sup>83</sup> NOU 2008: 9 s. 37

<sup>84</sup> Schiratzki i *Barnets Bästa* (2003) s. 35-40, Haugli (2002) s. 319-321, Ot. prp. nr. 29 (2002-2003) s. 28

<sup>85</sup> Sandberg (1990) s. 23 og s.114-123

Behovet for en konkret vurdering av barnets beste har vært et tungtveiende hensyn også under drøftelsen av domstolens kompetanse til å pålegge delt bosted.<sup>86</sup> Det ble argumentert for at et forbud mot å idømme delt bosted ville kunne føre til at det i en konkret situasjon ikke kunne idømmes den løsningen som domstolen mente var til barnets beste. Det ble påpekt både av utvalgets mindretall i NOU 1998: 17 og av flertallet i utvalget i NOU 2008: 9 at det riktignok ville være helt unntaksvis at en dom for delt bosted ville kunne være til barnets beste dersom foreldrene ikke var enige om en slik løsning.

### 5.2.2 Barnekonvensjonens krav til lovgivningen

Det ble hevdet av mindretallet i 1998 og av flertallet i 2008 at en avskjæring av domstolens adgang til å pålegge delt bosted kunne være i strid med Barnekonvensjonen. Haugli hevder at Barnekonvensjonens krav om at staten i lovgivningsprosesser skal legge stor vekt på hensynet til barnets beste, ikke innebærer at det ikke kan settes grenser for hvilke løsninger som kan foreligge og hvilke fremgangsmåter som kan brukes.<sup>87</sup> Med henblikk på hvor omfattende begrep barnets beste er og hvor lite føringer som er lagt for hva barnets beste skal innebære, fremstår det som et rimelig standpunkt.

Det som blant annet kreves etter barnekonvensjonen er at barnets rettigheter ikke kan innskrenkes av nasjonal lovgivning. Barnets beste skal fortolkes i tråd med barnekonvensjons formål, samt være gjenstand for en dynamisk tolkning.<sup>88</sup> Barnekonvensjonens artikkel 3 nr 1 pålegger konvensjonsstatene en forpliktelse til å ivareta barnets beste som et grunnleggende hensyn i lovgivningen.

Verken Barnekonvensjonen artikkel 9 eller artikkel 18, se punkt 2.2.4.1 kan ses å innebære at Norge er forpliktet til å ha en lovregel som kan pålegge foreldre å

---

<sup>86</sup> NOU 2008: 9 s. 82

<sup>87</sup> Haugli (2008) s. 164-165

<sup>88</sup> Schiratzki i *Barnets Bästa* (2003) s. 34-35, Haugli i *Barnekonvensjonen* (2008) s. 49-50, Smith i *Barnekonvensjonen* (2008) s. 23

praktiserer delt bosted. Haugli mener at det er grunn til å være kritisk til utvalgets konklusjoner i NOU 2008: 9. Hun hevder at lovgivningsprosessen må innebære en avveining av argumenter hvor lovregelen blir en løsning som samlet sett fremstår som best for de fleste barn, herunder den løsning som utsetter barn for minst mulig risiko. Dette må også gjøres når en i unntakstilfelle risikerer å stenge for en optimal løsning. Hun skriver:

”Risiko for at det kan bli idømt delt bosted dersom loven åpner for dette, også der det ikke er best for barnet, slik mindretallet påpeker, vil være et holdbart argument for ikke å innføre en slik mulighet”...<sup>89</sup>

Lignende synspunktene ble hevdet av mindretallet i NOU 2008: 9.<sup>90</sup>

Det henholdsvis mindretallet av utvalget i 1998, og flertallet i utvalget i 2008, etter mitt syn gjør, er å gi relevans til hensynet til unntakstilfeller hvor hovedregelen ikke vil dekke den aktuelle situasjonen. Dette hensynet tillegges deretter så stor vekt at det legitimerer en egen rettsregel. Folkelig sagt blir det altså unntaket som, ikke bare skal bekrefte, men også styre regelen. Etter mitt syn var endringen av domstolens kompetanse til å kunne pålegge delt bosted i hht. bl § 36 ikke nødvendig for å oppfylle kravet til lovgivning i henhold til barnekonvensjonen. Dette argumentet er derfor slik jeg ser det, gitt en relevans som BK ikke gir dekning for.

EMK var også nevnt som en forpliktelse som kunne bli krenket av et forbud om pålagt delt bosted. I EMDs praksis er hensynet til barnets beste henvist til, men EMK har ingen bestemmelse som på selvstendig grunnlag forplikter statene til å vurdere barnets beste.

### 5.2.3 Hensynet til barn som gruppe

Hensynet til barn som gruppe var et hensyn som ble behandlet både under diskusjonen om morspresumsjonen og under vurderingen av en eventuell endring av domstolens

---

<sup>89</sup> Haugli (2008)s. 164-165

<sup>90</sup> NOU 2008: 9 s. 83



kompetanse til å idømme delt bosted. Da morspresumsjonen ble opphevet, var et av argumentene at fedre generelt ville engasjere seg mer i sine barn dersom deres mulighet til å få omsorgen etter et samlivsbrudd økte.

Utvalget som drøftet delt bosted i 2008 la til grunn at like mye kontakt med begge foreldrene 'ofte' ville være til barnets beste.<sup>91</sup> Sammenhengen tilsier at det må være barn som gruppe utvalget her har i tankene. Hensynet til barn som gruppe har vært et hensyn som har vært vektlagt både av domstolen og av lovgiver. Rettspraksis har også eksempel på at hensynet til barn som gruppe går foran hensynet til et enkelt barn i en konkret sak. Dommen inntatt i Rt. 1991 s. 1148 omhandler en syv og et halvt år gammel gutt som i de siste syv årene hadde bodd sammen med sin mor og etter hvert stefar og deres barn. Høyesterett stadfestet lagmannsrettens avgjørelse om å overføre barnets bosted fra mor til far. Grunnlaget for avgjørelsen var mors manglende vilje til å medvirke til at fars samværsrett ble opprettholdt. Dommen ble avsagt under dissens 4-1. Hensynet til barnets beste, herunder til best samlet foreldrekontakt, tilsa at etter Høyesteretts syn at gutten skulle bo hos far, ettersom han etter all sannsynlighet ville medvirke til at gutten også fikk samvær med mor og dermed hadde kontakt med begge sine foreldre.<sup>92</sup>

Dommen kan forstås som at hensynet til allmennprevensjon, dvs. hensynet til barn som gruppe og deres behov for samvær med begge foreldre, gikk på bekostning av hva som ville vært den beste løsningen for gutten i den konkrete saken.<sup>93</sup>

### 5.3 Hensynet til kontakt med begge foreldre

Argumentet om barnets behov for kontakt med begge foreldre har vært bærende i lovforarbeidene helt fra 1989, da det først ble henvist til barnets behov for god og regelmessig kontakt med begge foreldre. Det er også gjentatt og lagt til grunn i senere lovarbeider.

---

<sup>91</sup> NOU 2008: 9 s. 29

<sup>92</sup> Rt. 1991 s. 1148

<sup>93</sup> Haugli (1993) s. 207-208

I familiemeldingen, Stortingsmelding nr. 29 (2002-2003) ble farsrollen og barnets behov for kontakt med far ytterligere presisert og både utvalget i 1998 og utvalget i 2008 drøftet dette hensynet inngående. Det kan se ut til at argumentet om barnets behov for god og regelmessig kontakt med begge foreldre etter hvert har blitt til barnets behov for akkurat like mye kontakt med begge foreldre. Dette sies ikke direkte, men fremkommer som en forutsetning for blant annet drøftelsene av behovet for at domstolen skal kunne pålegge delt bosted. Selv om standpunktet er lagt til grunn av lovgiver, er det lite underbygget med konkret dokumentasjon. Henvisning til forskning er vag, det ble referert til forskning generelt, men lite til spesifikk forskning.

Hensynet til barnets kontakt med begge foreldre var lite synlig under arbeidet med barneloven av 1981. Riktignok foreslo barnelovutvalget at det som utgangspunkt skulle være samvær med begge foreldre, av hensyn til barnet, men dette ble ikke tatt til følge av departementet og Stortingskomiteen.

I Ot. prp. nr. 56 (1996-1997) ble det henvist til forskning som grunnlag for departementets konklusjon om å ikke tilrå delt bosted. NOU 1998: 35 viste til omfattende forskning som ble lagt til grunn for de vurderinger utvalget gjorde. Utvalget i NOU 1998: 17 fokuserte på at domstolen allerede hadde kompetanse til å idømme utvidet samvær.<sup>94</sup> Utvalget avveiet hensynet til kontakt med begge foreldre opp mot risikoen for barnet ved mye kontakt med to foreldre i konflikt. Flertallets konklusjon var at hensynet til å gi barnet stabilitet og beskyttelse måtte veie tyngre enn hensynet til like mye samvær med begge foreldre.

Flertallet i NOU 2008: 9 vurderte hensynet til barnets kontakt med foreldrene som et tungtveiende argument for delt bosted.<sup>95</sup> Barnet ville sikres mye kontakt med begge foreldre og begge foreldre ville få like mye del i hverdagen til barnet. Utvalget synes å legge til grunn at mest mulig kontakt med begge foreldre uten videre er barnets beste. Det drøftes ikke nærmere hvilke premisser dette synspunktet baserer seg på, ei heller

---

<sup>94</sup> NOU 2008: 9 s. 81

<sup>95</sup> NOU 2008: 9 s. 77

blir det problematisert hvorvidt det å bo sammen nødvendigvis gir barnet mest eller best kontakt med foreldrene.<sup>96</sup>

#### 5.4 Foreldrerettigheter, rettferdighetshensyn og hensynet til barnets beste

Hensynet til far kan ses som motsats til mors interesser i en konkret sak om barnefordeling. Under arbeidet med barneloven av 1981 ble det hevdet at morspresumsjonen var diskriminerende mot den enkelte far i en skilsmissesituasjon og at den hindret en reell prøving av hvem som var den best egnede omsorgspersonen. Det ble videre hevdet at ettersom kvinner erobret en stadig større del av det som hadde vært mannens domene, måtte kvinner også finne seg i å gi fra seg noe av det som hadde vært deres fortrinn; særretten til barna.<sup>97</sup>

##### 5.4.1 Hensyn til far og fedres rettigheter

Innst. O. nr. 23 (1988-1989) drøftet farsrettigheter i forbindelse med samvær, og det ble pekt på at den som hadde plikt til å forsørge barn også måtte ha rettigheter.<sup>98</sup>

Lovutvalgene som drøftet delt bosted i 1998 og 2008 var ikke like klare på spesifikke farsrettigheter. I disse dokumentene omhandlet diskusjonen hensyn til likestilling, rettferdighetsbetraktninger og samvær med begge foreldre som argumenter for barnets beste.

Carol Smart i England og Mai Heide Ottosen i Danmark, drøfter mulige sammenhenger mellom farsrettigheter, mest mulig samvær med begge foreldre og barnets beste. Smart viser til en offentlig debatt hvor fedre som opplevde seg diskriminerte utøvde et stort trykk for å endre den lovgivningen de mente favoriserte mødre. Hun er sterkt kritisk til den tyngde som fedre legger i argumentasjonen sin og at den blir fulgt opp av lovgiver.

---

<sup>96</sup> NOU 2008: 9 s. 77

<sup>97</sup> Sandberg (1990) s. 27

<sup>98</sup> Innst. O nr. nr. 23 (1988-1989) s. 3-4

Hun mener at barnets behov ikke blir tilgodesett tilstrekkelig verken av debattantene eller av lovgiver.<sup>99</sup>

I Danmark viser forarbeidene fra midten av 90- tallet en klar kobling mellom fedres rett til kontakt med sine barn og barnets beste. Argumentet om barnets behov for samvær ble 'bygget inn' i et psykologisk orientert paradigme hvor samvær med både far og mor hevdes å være en avgjørende faktor for barnets utvikling. Dette ledet til en sterk presumsjon for mye samvær med begge foreldre.<sup>100</sup>

Av de forarbeider som er referert til, finner vi tilsvarende argumentasjon i Norge. Haugli viser til at både lovgiver og rettspraksis har vært lite opptatt av sammenhengen mellom ansvar og omsorg under samlivet og rettigheter i ettertid.<sup>101</sup> Retten til samvær har på samme måte vært en rettighet uavhengig av kvaliteten på relasjonen til barnet, med unntak for de tilfeller hvor samværet har vært vurdert som skadelig for barnet.

I utvalgenes drøftelser i 1998 og 2008 var argumentet om mest mulig kontakt med begge foreldre et tungtveiende hensyn for at barn skulle ha delt bosted. En slik forståelse kan relateres til en tenkning om at barnets kjennskap og tilhørighet til sitt biologiske opphav ses som et grunnleggende gode for barnet, slik vi finner det igjen i barnevernsretten. Det biologiske prinsippet fungerer da som en presumsjon og utgangspunkt for tolkningen av barnets beste, legitimert av psykologisk forskning.<sup>102</sup>

#### 5.4.2 Hensyn til mor og mødres interesser

Under arbeidet med barneloven og diskusjonen om morspresumsjonen, var hensynet til kvinner og mødres interesser en del av debatten, både den enkelte mor i en konkret sak og hensynet til kvinner som gruppe.<sup>103</sup> Det ble blant annet anført at barnets tilknytning

---

<sup>99</sup> Smart (2006) s. 484-486

<sup>100</sup> Ottosen (2006) s. 35-36

<sup>101</sup> Haugli (2010) s. 11-15 og Haugli (2004) s. 79-80

<sup>102</sup> Schiratzki (2003) i Nordisk samarbeid s. 24.

<sup>103</sup> Sandberg (1990) s. 26-28

til moren var større enn til far, basert på biologiske argumenter om at moren hadde båret barnet frem, født det og ammet det. Det ble videre hevdet at det kunne bli vanskelig for kvinner å bryte ut av et dårlig ekteskap dersom de da risikerte å miste omsorgen for barnet.

Fra motsatt kant ble det hevdet at en opphevelse av morspresumsjonen kunne ses som en fordel for kvinner, ettersom det kunne bidra til en jevnere arbeidsfordeling i ekteskapet.<sup>104</sup> Dette var basert på en tanke om at dersom fars mulighet for å bli tilkjent barnets bosted etter et samlivsbrudd økte, ville han engasjere seg mer i barnet og dermed i hjemmet mens samlivet fortsatt bestod. Mødre ville dermed få mulighet til å delta mer i arbeidslivet, og det ville bidra til å fjerne den tradisjonelle kvinnerollen og øke likestillingen. Forarbeidene til barneloven nevnte også at hensynet til mor kunne tilsa at det var betenkelig med en automatisk samværsrett for far, når han ikke hadde levd sammen med barnet og moren etter barnets fødsel.<sup>105</sup>

Etter barnelovens vedtakelse i 1981 har hensynet til mor hatt lite fokus. I NOU 2008: 9 blir hensynet til mor drøftet, og var et argument både for og mot delt bosted.<sup>106</sup> Sonja Cassidy, som representerte Foreningen 2 foreldre hevdet at delt bosted som hovedregel i barnefordelingssaker ville gi kvinner større frihet til å være yrkesaktive. Dette ville gi kvinner karrieremuligheter og bedre økonomi.<sup>107</sup> Stig Rusten, som representerte Aleneforeldreforeningen, så kvinneverettigheter på en annen måte. Under drøftelsen av en eventuell innskrenking i retten til å flytte innenlands med barnet, hevdet han at en slik endring ville svekke kvinners mulighet til å flytte og ta arbeid, og det kunne i tillegg bidra til at det ble vanskeligere for kvinner å flytte bort fra voldelige menn.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Sandberg (1990) s. 26

<sup>105</sup> Innst. O nr. 30 (1980-1981) s. 17

<sup>106</sup> NOU 2008:9 s. 73-74

<sup>107</sup> NOU 2008: 9 s. 74

<sup>108</sup> NOU 2008: 9 s. 58-59

Det kan se ut til at argumenter knyttet til fars rettigheter ikke har hatt en tilsvarende motsats i hensynet til mors rettigheter. Det kan skyldes utgangspunktet; at barna ble sett som mors privilegium og noe som måtte endres. Også her kan en forklaring være at hensynet til fars rettigheter og behov for kontakt presumeres til å være identisk med barns behov og dermed ikke drøftet.

NOU 2008: 9 fokuserte på det faktum at enkeltpersoner kan sette egne behov foran barnets.<sup>109</sup> Det eksemplet som ble nevnt er at en av foreldrene ville forhindre at den andre av foreldrene fikk utviklet et naturlig forhold til barnet og eventuelt også forsøkte å forhindre samvær. Det andre perspektivet som kunne vært sett, er at det å kreve samvær i stort omfang ikke nødvendigvis alltid vil være i barnets interesse og at det også kan være å sette egne behov foran barnets. Sett fra denne vinkelen vil det å forsøke forhindre eller minske omfang av samvær kunne være en måte å forsøke å ivareta barnets interesser, heller enn å sette egne behov foran barnets.

#### 5.4.3 Hensynet til en rettferdig løsning

Hensynet til en rettferdig løsning ble drøftet av NOU 1998: 17.<sup>110</sup> Utvalget mente at delt bosted tilgodeser begge foreldre, men at det ikke nødvendigvis er en god løsning for barnet. Det ble sett som et mothensyn at det å skissere en løsning om delt bosted ville kunne sette barnet i en lojalitetskonflikt. For barnet vil det å måtte velge mellom fast eller delt bosted kunne oppleves som å velge bort en av foreldrene. Adgang til å pålegge delt bosted ville dermed kunne øke faren for at hensynet til barnet måtte vike for hensynet til foreldre. Flertallet konkluderte derfor med ikke å tilrå delt bosted som en domstolspålagt løsning.

Utvalget i 2008 drøftet hensynet til en rettferdig løsning og viste til at delt bosted ville kunne oppfattes som en god og rettferdig løsning mellom foreldrene.<sup>111</sup> Som mothensyn ble det pekt på faren for at et slikt hensyn kunne overskygge hensynet til

---

<sup>109</sup> NOU 2008: 9 s. 30

<sup>110</sup> NOU 1998: 17 s. 82

<sup>111</sup> NOU 2008: 9 s. 79-80

barnets beste. Det ble også vist til at det kunne ses som et urimelig utgangspunkt at en av foreldrene automatisk krevde fast bosted hos seg. Dette ble sett som konfliktskapende og at flere foreldre ville kjempe for fast bosted i retten. En mulighet for pålegg om delt bosted ville kunne medføre at begge foreldre ville se denne løsningen som det beste for barnet.

#### 5.4.4 Likestillingsargumenter

I mandatet til barnelovutvalget i 1975 ble utvalget bedt om å legge vekt på å fremme likestilling i foreldrenes forhold til barnet.<sup>112</sup> Dette var et viktig argument for at morspresumsjonen ikke ble videreført i loven av 1981. I mandatet til utvalget i 1998 ble likestilling ikke spesifikt nevnt. I utvalgets drøftelser av delt bosted var det hensynet til barnets beste som ble vist til som hovedbegrunnelse for ikke å tilrå delt bosted som hovedregel ved samlivsbrudd, eller til å utvide domstolens kompetanse til å pålegge delt bosted.

I mandatet til utvalget i 2008 var det en hovedmålsetning å vurdere lovendring med utgangspunkt i at begge foreldre er like viktige for barnet. En eventuell lovendring skulle medvirke til en samfunnsutvikling som ville støtte opp under dette synspunktet.<sup>113</sup> Mandatet var tydelig på at begge foreldre skal være involvert i barnet, bruke tid, ta ansvar og ha lik medbestemmelse over viktige sider i barnets liv. Dette ble forstått som et sidestilt foreldreskap. Utvalget uttalte: ” Likestilling mellom foreldre er et relevant hensyn når det bidrar til å optimalisere barnets beste. På denne bakgrunn fremhevet utvalget barns behov for best mulig kontakt med begge sine foreldre.”<sup>114</sup>

Utvalget slo fast at det i vurderingen av en lovendring av bl § 36 var sterke politiske interesser både for og mot en endring av domstolens kompetanse i spørsmål om barnets

---

<sup>112</sup> NOU 1977: 35 s. 10-11

<sup>113</sup> NOU 2008: 9 s. 15

<sup>114</sup> NOU 2008: 9 s. 12

bosted.<sup>115</sup> Utvalget i NOU 2008: 9 mente videre at lovteksten skulle, utover å løse konflikter, også ha en preventiv effekt. Ordbruken i teksten ville derfor få en signaleffekt og bidra til å forme oppfatninger blant dem som ble berørt.<sup>116</sup> Utvalget la likevel til grunn at barnets beste skal være et avgjørende kriterium for å avgjøre saker om barnets bosted.<sup>117</sup> Barnets beste ble sett som et dynamisk begrep som andre hensyn, derunder likestillingshensyn, må prøves mot. Foreldres rettferdighetsoppfatninger eller politiske likestillingshensyn, kan etter utvalgets syn, ikke være styrende dersom dette ikke tjener barnets interesser. Flertallet la likevel til grunn at likestilling indirekte vil kunne få betydning ettersom like stor kontakt med begge foreldre ofte vil være til barnets beste.<sup>118</sup>

#### 5.4.5 Foreldrenes evne og vilje til samarbeid og barnets forutsetninger

Utvalget i 1998 mente at delt bosted ville kreve mye av foreldres samarbeid, fleksibilitet og vilje dersom det skulle fungere.<sup>119</sup> Dette utvalget vektla at foreldre som må gå veien om hovedforhandling for å finne bostedsløsning for sine barn, vil kunne få store problemer med et fredelig samarbeid til barnets beste i etterkant. Flertallet i utvalget konkluderte dermed med at domstolen ikke skulle gis adgang til å idømme delt bosted.

Mindretallet trakk paralleller mellom diskusjonen om delt bosted og diskusjonen om felles foreldreansvar i Ot.prp. nr. 62 (1979-1980).<sup>120</sup> Mindretallet mente at mulighet til å pålegge felles foreldreansvar mot en av foreldrenes vilje, måtte anses å være positivt. De skrev: "Mindretallet finner ikke å kunne utelukke den mulighet at foreldre som ikke

---

<sup>115</sup> NOU 2008: 9 s. 78-79

<sup>116</sup> NOU 2008: 9 s. 30

<sup>117</sup> NOU 2008: 9 s. 37-41

<sup>118</sup> NOU 2008: 9 s. 29

<sup>119</sup> NOU 1998: 35 s. 81

<sup>120</sup> NOU 1998: 17 s. 86-87



blir enige, ikke kan samarbeide i tilstrekkelig grad”<sup>121</sup> og at det ”...ikke kan utelukkes at det i særlige tilfelle kan være slik at delt bosted vil være best for barnet,”...<sup>122</sup>

Disse drøftelsene bærer preg av å være prinsipielle og juridiske. De viser til det betenkelige med å avgrense domstolenes kompetanse og til de flytende grensene som finnes mellom samvær opp til 50 % og delt bosted. Mindretallet har tillit til at lovbestemmelsens kan utformes slik at den siler ut de få sakene dette handler om, slik at regelen ikke blir prosessdrivende.<sup>123</sup>

Kanskje avspeiler mindretallet kontra flertallets syn i 1998 noe av kompleksiteten i barnefordelingssaker hvor ulike faglige og praktiske perspektiver møtes. Ottosen skriver at familieretten befinner seg i skjæringspunktet mellom en barnevelferdstilnærming og en rettslig tilnærming og at disse to fagfeltene har ulike tenkning og ulike verdier.<sup>124</sup> Flertallets vurdering i 1998 vektlegger risikoen for at barn kan utsettes for skade ved å leve tett på foreldre i konflikt, samt manglende sannsynlighet for at foreldrene vil kunne samarbeide tilstrekkelig om og til barnets beste. Vekten av dette hensynet tilsier at domstolen ikke skal kunne pålegge delt bosted. Dette kan ses som utslag av en barnevelferdstenkning som i barnefordelingssaker kan komme i konflikt med en tradisjonell rettstenkning. I 1998 ble hensynet til barnet gitt større vekt enn hensyn til likestilling og like mye kontakt med begge foreldre. I 2008 ble avveiningen annerledes, selv om dette utvalget også var klar på at barnets beste skulle være gå foran andre hensyn.

Etter mitt syn er det en større sannsynlighet for at foreldre ikke klarer å samarbeide etter en rettsavgjørelse enn at de faktisk vil kunne gjøre det. Mindretallets sammenligning med felles foreldreansvar ser jeg ikke som helt treffende. Felles foreldreansvar innebærer at foreldrene i fellesskap har ansvar for overordnede avgjørelser til beste for

---

<sup>121</sup> NOU 1998: 17 s. 86

<sup>122</sup> NOU 1998: 17 s. 85

<sup>123</sup> NOU 2008: 9 s. 81 og NOU 1998: 17 s. 85-87

<sup>124</sup> Ottosen (2006) s. 41-44

barnet. For barnet får dette ingen direkte konsekvenser. Til sammenligning får en avgjørelse om delt bosted store konsekvenser. Barnets hverdag blir delt mellom to ulike hjem med ulike familiekulturer, ulike normer og verdier, ulike regelsett og ulike materielle og økonomiske forutsetninger. Foreldrene skal hver for seg holde oversikt over dagliglivets utfordringer og barnet skal leve ulike hverdagsliv hos sine foreldre. En slik livsform kan nok innebære gode sider, men det er vanskelig å komme utenom at den også innebærer en stor grad av splittelse i barnets liv og mange praktiske og følelsesmessige konsekvenser.

Utvalget i 2008 viste til at det å skulle praktisere delt bosted for barn normalt ville kreve mye samarbeid mellom foreldrene.<sup>125</sup> De vurderte det slik at krav om utstrakt kontakt ville kunne medføre belastninger både for barn og voksne dersom relasjonen mellom de voksne var preget av fiendtlighet og bitterhet. Utvalgets flertall mente at en åpning for delt bosted forutsatte at retten kan skille mellom dem, som til tross for konflikter, klarer å samarbeide til barnets beste og dem som ikke klarer det. Utvalget uttalte: ” Men når dom først foreligger kan det ikke utelukkes at noen foreldre lojalt vil innrette seg etter denne og velge å sette barnets behov og interesser i fremste rekke.”<sup>126</sup>

#### 5.4.6 Delt bostedskompetanse

Et viktig moment i flertallets vurdering i 1998 var at det ikke var mulig å få rettens hjelp til å avgjøre et spørsmål som ligger under bostedskompetansen, herunder retten til å flytte med barnet.<sup>127</sup> Utvalget mente at delt bostedskompetanse ikke ville være egnet for foreldre i konflikt og viste til behovet for et regelverk som forhindrer alvorlige og vedvarende konflikter mellom foreldre. Hensynet tilsa at utvalget ikke ville tilrå adgang til å pålegge delt bosted.

Flertallet av utvalget i 2008 mente at den delte bostedskompetansen isolert sett kunne skape problemer, men mente at det også kan skje når foreldre lever sammen. Et flertall

---

<sup>125</sup> NOU 2008: 9 s. 77-78

<sup>126</sup> NOU 2008: 9 s. 82

<sup>127</sup> NOU 1998: 17 s. 82-83

tilrådte at avgjørelser knyttet til flytting ble lagt inn under foreldreansvaret, og mente at det ville løse det største problemet med delt avgjørelsesmyndighet.<sup>128</sup> Momentet fikk derfor ikke avgjørende betydning for deres vurdering av domstolpålagt delt bosted.

#### 5.4.7 Utvalgenes konklusjoner om delt bosted

##### 5.4.7.1 Avtalefrihet

NOU 1977: 37 omtaler ikke delt bosted og drøfter dermed heller ikke en slik mulighet. Utvalget legger til grunn at det kan gjøres avtaler om samværsrett.<sup>129</sup> NOU 1998: 17 legger også til grunn at det skal være avtalefrihet mellom partene.<sup>130</sup>

Utvalget i 2008 er tydelig i sitt syn på at foreldre skal kunne gjøre avtaler på helt fritt grunnlag, i det spørsmålet oppstilles ingen føringer for hva avtalen skal gå ut på eller hvordan den skal utformes.<sup>131</sup> Utvalget ser avtalefriheten mellom foreldrene som den viktigste rammebetingelsen for å sikre barnets beste.<sup>132</sup>

##### 5.4.7.2 Pålagt delt bosted

Flertallet i NOU 1998: 17 konkluderer med at det ikke skal åpnes for at domstolen skal kunne idømme delt bosted.<sup>133</sup> Etter deres syn taler hensynet til barnets behov for en fast base mot at det skal kunne pådømmes delt bosted. Også det forhold at barnets behov endres gjennom livet taler mot en domstolpålagt ordning. Flertallet mener at en idømt delt bostedsløsning vil redusere barns mulighet til å få en tilpasset løsning på et senere tidspunkt.

---

<sup>128</sup> NOU 2008: 9 s. 57

<sup>129</sup> NOU 1977: 35 s. 9

<sup>130</sup> NOU 1998: 17 s. 79

<sup>131</sup> NOU 2008: 9 s. 70-71

<sup>132</sup> NOU 2008: 9 s. 38

<sup>133</sup> NOU 1998: 17 s. 81-82

I NOU 2008: 9 gjør flertallet en annen avveining. Flertallet ser at det kan bli krevende for noen barn, men viser blant annet til at delt bosted vil kunne føre til færre møtepunkter mellom foreldrene og færre flyttinger for barnet enn ved utvidet samvær.<sup>134</sup> Et flertall av utvalget går inn for at domstolen skal kunne pådømme delt bosted, men at det skal kreves særskilte grunner for at dette skal kunne gjøres.<sup>135</sup>

Flertallets hovedbegrunnelse ser ut til å være at det er betenkelig at lovgiver avskjærer domstolens mulighet til å gjøre en konkret vurdering av barnets beste. De legger til grunn at domstolen er nærmest og best egnet til å gjøre denne vurderingen.

Utvalgets mindretall i 2008 er i hovedsak enig med flertallet i 1998 og viser til de samme begrunnelsene. De viser til blant annet til at samarbeidsklimaet mellom foreldre som bringer sak inn for domstolen, ofte er dårlig og konfliktnivået høyt. Da vil delt bosted ikke være til barnets beste. Troen på at delt bosted skal bidra til konfliktløsning mellom foreldrene har vist seg å ikke stemme med det som faktiske skjer. Tvert imot kan konflikter eskaleres og mange barn vil kunne oppleve å få det verre. De viser til at barnets behov for stabilitet, fleksibilitet, høy grad av samarbeid og behovet for at en av foreldrene har bostedskompetanse tilsier at delt bosted ikke bør idømmes. Videre mener de at viktige incentiver i meklingsordningen vil bli underminert dersom dom for delt bosted kan avsies.<sup>136</sup>

#### 5.4.8 Departementets og stortingskomiteens behandling av NOU 2008: 9

Forslaget som ble lagt frem i NOU 2008: 9 ble behandlet av Barne og likestillingsdepartementet i Prop. 14 L (2009-2010) som tilsvarende Ot. prp. nr. 104 (2008-2009), og av familie og kulturkomiteen i Innst.160 L (2009-2010).

Departementet tilrår en endring av bl § 36 i tråd med utvalgets forslag, på tross av egne motforestillinger. Det presiseres at de forutsetninger som forskningen tilrår må

---

<sup>134</sup> NOU 2008: 9 s. 78

<sup>135</sup> NOU 2008: 9 s. 82-83

<sup>136</sup> NOU 2008: 9 s. 83-84

foreligge. Dette innebærer at det ikke må være høyt konfliktnivå mellom foreldrene, foreldrene må bo i nær geografisk avstand til hverandre og barnet må kunne opprettholde samme skole og vennekrets. Barnet må også selv trives med og ønske delt bosted.<sup>137</sup> Det er ikke tilstrekkelig at forutsetningene foreligger.<sup>138</sup> I tillegg mener departementet at ...”domstolen må ha stor grad av sikkerhet for at delt bosted vil være til barnets beste før dette idømmes”.<sup>139</sup> En feilvurdert avgjørelse om delt bosted antas å få mer skadelige konsekvenser enn en feilvurdering i motsatt retning. ”I vilkåret om at det må foreligge særlige grunner, ligger det derfor også et strengere krav til visshet om at dette vil være til barnets beste, enn i andre tilfelle. ”<sup>140</sup> Avgjørelsen må baseres på vurderinger i nåtid og kan ikke baseres på en antakelse om fremtidig utvikling.<sup>141</sup> I tillegg mener departementet at delt bosted som utgangspunkt vil være uaktuelt for barn under syv år. Dette begrunnes i at små barn må antas å være mer sårbare og ha større behov for stabilitet. Dernevet en mindre om hvilke forutsetninger som må være til stede for at delt bosted skal fungere bra for så små barn. Stortingskomiteens flertall støtter i hovedsak departementets forslag.<sup>142</sup>

De refererte uttalelsene fra departementet medfører en begrensning av domstolens kompetanse, sett i forhold til utvalgets forslag. Det er interessant at politikerne i komiteen følger dette opp i sin vurdering. Noe lignende kan ses i departementet og komiteens behandling av utredningen i NOU 1977: 35 hvor utvalgets forslag ikke fullt ut ble tatt til følge i den videre behandlingen. Dette kan kanskje tyde på at de som blir ansvarlige for den endelige lovbestemmelsen velger en noe mer konservativ tilnærming til lovendringer enn det utvalgene gjør.

I bl § 64 finnes også et vilkår om ’særlige grunner’. Dette innebærer et materiellrettslig vilkår om konkrete og påviselige grunner for å få endret en rettsavgjørelse, rettsforlik

---

<sup>137</sup> Ot.pr. nr. 104 (2008-2009) s. 52-53

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 53

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 53

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73

<sup>142</sup> Innst. 160 L (2009-2010) s. 17

eller avtale med tvangskraft.<sup>143</sup> Tilsvarende vil antakelig følge av vilkåret i bl § 36, slik at den som krever dom for delt bosted må sannsynliggjøre at de nødvendige forutsetningene foreligger. Den som krever delt bosted vil dermed ha bevisbyrden for at delt bosted er til barnets beste.<sup>144</sup>

Uttalelsene fra departementet om 'strengere krav til visshet' må antakelig innebære at kravet til hvor sterkt det må sannsynliggjøres at delt bosted er til barnet beste, blir høyere enn for å idømme et fast bosted. Hvorvidt det vil innebære at beviskravet høynes fra et krav om 'vanlig sannsynlighetsovervekt' til et krav om kvalifisert sannsynlighet, fremstår ikke som avklart.<sup>145</sup> Uttalelsene i merknadene til de enkelte paragrafer tyder på det siste. Her skriver departementet at det i kravet til særlige grunner ligger at domstolen må være overbevist om at delt bosted må være til barnets beste før det fattes avgjørelse om dette.<sup>146</sup>

## 5.5 Oppsummering og kommentarer til lovgivers vurderinger

Som vist til foran, har lovgivers vurderinger av de ulike hensyns relevans, ikke endret seg dramatisk i løpet av de siste tretti år, sett ut fra de forarbeidene som er belyst her. Hensynet til mor er det argumentet som er blitt mindre synlig i løpet av tiden, mens hensynet til fars rett til samvær og medbestemmelse er tillagt stadig større vekt over tid. Det samme gjelder likestillingsargumenter, selv om de har vært synlig helt fra nåværende barnelovs tilblivelse.<sup>147</sup>

Barnets beste har vært tillagt stor vekt helt fra diskusjonen om morspresumsjonen i lovforarbeidene til barneloven av 1981. Kriteriet for å avgjøre hvor barn skal bo etter samlivsbrudd har vært det samme gjennom disse årene og lovgiver har ikke ønsket å

---

<sup>143</sup> Backer (2008) s. 591-592

<sup>144</sup> Robberstad (2009) s. 243-244

<sup>145</sup> Robberstad (2009) s. 247-250

<sup>146</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 72-73

<sup>147</sup> Haugli (2004) s. 79-80

utdype kriteriet nærmere, heller ikke ved siste lovendring.<sup>148</sup> Det er vanskelig å se om vurderingen av barnets beste er endret, ettersom det i stor grad er opp til domstolen å vurdere konkret. Derimot kan det ses en endring i hvilke momenter som lovgiver mener er relevante og hvor stor vekt de tillegges. En tydelig endring over tid fra barnelovens forarbeider før 1981 og frem til 2008 er hensynet til barnets behov for kontakt med begge foreldre. Dette momentet er tillagt stadig større vekt fra 1989 og utover og ligger nå til grunn for siste lovendring.

Den danske familieterapeuten Jesper Juul skriver i Dagbladet 12. november 2011 at argumentet eller påstanden om barnets behov for og krav på begge foreldre sikkert var velment da det opprinnelig ble fremsatt. Han ser imidlertid mange negative konsekvenser og spissformulerer: (om påstanden) ” ... siden da er den brukt og misbrukt i en ofte uskjønn blanding av kjønnspolitiske, juridisk og partipolitiske argumenter”<sup>149</sup>

Det ser ut til at lovgiver har stor tillit til at foreldre som klarer å samarbeide uten rettens hjelp, alltid vil ivareta barnets beste. Spranget er stort; på den ene siden ser vi at lovgiver mener at avtalefrihet mellom foreldre er den mest grunnleggende rammebetingelsen for å ivareta barnets beste. På den andre siden ser vi at når foreldrene ikke klarer å samarbeide, skal de likevel kunne pålegges å gjøre det. Spørsmålet blir derfor hvorfor lovgiver har en slik vilje. Det kan pekes ut flere årsaker til dette. En måte å se det på er at velferdsstatens politiske aktører har hatt stort engasjement for barns velferd. I dette perspektivet kan det se ut til å ha vært et mål å unngå en feminisering av barns oppvekst og et mer eller mindre uttalt ønske om at fedrene skal ta del i barnas liv. Det har dessuten vært et selvstendig mål for lovgiver å fremme likestilling mellom kjønnene i deres forhold til barna.

En lovgivning som har til hensikt å styre menneskers atferd kan ses som en oppdragende lovgivningsvirksomhet. En slik lovgivning kjennetegnes av at den skal

---

<sup>148</sup> NOU 2008: 9 s. 41

<sup>149</sup> Juul (2011)

påvirke individers handlinger, uavhengig av domstolsprosessen.<sup>150</sup> Det rettslige domene blir dermed utvidet fra å ha som mål å løse rettslige problemstillinger, dvs. å skille mellom rett og galt, til å ville påvirke menneskers handlingsvalg i spørsmål som må anses å være av privat karakter.

Familielovgivningen har dermed blitt et viktig instrument til å regulere atferd på det private og familiære området.<sup>151</sup> Når foreldre ikke blir enige om bostedsløsning, vil domstolens adgang til å pådømme delt bosted være en måte å disiplinere foreldre til samarbeid. Ideologien og troen på samarbeid uavhengig av foreldres evner og forutsetninger, blir sammen med synet på barns behov for like mye foreldrekontakt, til en konstruksjon av hva lovgiver mener er barnets beste.

Haugli skriver i 2008 om NOU 2008: 9 at

” En rekke av forslagene til lovendring er avgitt under dissens, til dels med ulike flertalls- og mindretallsgrupperinger. Dette viser med all ønskelig tydelighet at vi her befinner oss på et sterkt verdiladet område, og hvor det bare i begrenset grad kan påberopes sikker kunnskap til støtte for de forslagene som fremmes. Alle henviser til barnets beste, både de ulike flertalls- og mindretallskonstellasjonene påberoper gjennomgående hensynet til barnets beste til støtte for sine syn og standpunkter. Dette tydeliggjør at der hensynet til barnets beste påberopes som legitimerende argument, er det nødvendig med et kritisk ettersyn.”<sup>152</sup>

Jeg er enig i dette. Det er vanskelig å se hvordan flertallet kan komme frem til den konklusjonen de gjør, basert på de hensyn som anføres og vektingen av dem. Heller ikke den forskningen som det vises til, kan forklare hvorfor og hvordan utvalget kommer til sine konklusjoner om delt bosted. Tvert imot, skulle den etter mitt syn tilsi en konklusjon i tråd med flertallets i NOU 1998: 17. Mye kan tyde på at likestillingshensyn og hensyn til fedres ønsker, behov og krav til samvær og innflytelse over sine barns liv, er de argumentene som er tillagt størst vekt av flertallet i NOU 2008: 9. Kan hende skjer dette på bekostning av hensynet til barnets beste.

---

<sup>150</sup> Schiratzki i Barnets Bästa (2003) s. 28-30

<sup>151</sup> Ottosen (2006) s. 29-33, Haugli (2010) s. 11-15

<sup>152</sup> Haugli (2008) s. 159.



## 6 Rettspraksis fra lagmannsrettene

### 6.1 Innledning

Fire ulike lagmannsrettsavgjørelser kan gi et lite innblikk i hvilke vurderinger domstolen har gjort i spørsmål om delt bosted etter lovendringen i 2010. En av sakene er avgjort i Gulating lagmannsrett, to saker er avgjort i Borgarting lagmannsrett og en avgjørelse er avsagt i Frostating lagmannsrett.<sup>153</sup> Dette er ikke ment å være en total oversikt over den lagmannsrettspraksisen som foreligger. Avgjørelsene er tatt med som eksempler på hvordan lagmannsrettene har vurdert i noen saker knyttet til delt bosted og barnets beste.

### 6.2 LG-2010-53338

Saken omhandlet bosted og fastsettelse av samvær for to felles barn. Dommen ble avsagt med dissens. Flertallet vurderte delt bosted, men fant at vilkårene ikke forelå.<sup>154</sup> Flertallet viste til uttalelser i forarbeidene, Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) som tilsier at adgangen til å idømme delt bosted er ment å være en snever unntaksregel og at de forutsetningene som forskningen viser til, må foreligge. Flertallet mente at ettersom partene hadde et høyt konfliktnivå og en av partene var svært negativ til den andre forelderen, kunne vilkårene for idømmelse av delt bosted ikke anses å foreligge. Avgjørelsen innebar at tingrettens avgjørelse om fast bosted hos mor ble opprettholdt.

### 6.3 LB-2010-53483

Saken omhandlet bosted for tre felles barn. For to av barna var foreldrene enige om å praktisere delt bosted, tvisten gjaldt det yngste barnets bosted. Lagmannsretten vurderte fars påstand om delt bosted, men mente at det ikke vil være til barnets beste å ha delt bosted i dette tilfellet. Retten viste til uttalelser i forarbeidene, Ot. prp. nr. 104 om

---

<sup>153</sup> På grunnlag av søk på Lovdata med søkeord 'barnefordeling' og 'bosted' 11. november 2011, valgte jeg ut de fire avgjørelsene fra Lagmannsretten som er referert.

<sup>154</sup> LG-2010-53338 s. 9

kravet til visshet for at delt bosted virkelig er til barnets beste. Under henvisning til at foreldrene hadde et høyt konfliktnivå seg i mellom uttales det i dommen:

”Lagmannsretten legger til grunn at delt bosted heller enn å dempe konflikten mellom foreldrene vil kunne gi grobunn for ytterligere uenighet”.<sup>155</sup> Barna selv gav klart uttrykk for at de ønsket like mye tid sammen med begge foreldrene. Retten tolket dette som et uttrykk for at de ikke ønsket å ta stilling til konflikten mellom foreldrene, og ikke som et ønske om delt bosted. Avgjørelsen innebar at tingrettens dom på fast bosted hos mor for partenes yngste barn ble stående. Avgjørelsen i lagmannsretten var enstemmig.

#### 6.4 LF-2010-19134

Saken gjaldt foreldreansvar, bosted og samvær for tre felles barn. Far anket tingrettens avgjørelse om fast bosted hos mor. Lagmannsretten konkluderte med at det var barnas beste med fast bosted hos mor.<sup>156</sup> Retten vurderte delt bosted, men viste til forarbeidenes vurdering av adgangen til å idømme delt bosted som en snever unntaksbestemmelse og kravet til overbevisning om at delt bosted vil være til barnets beste. Retten mente at foreldrenes samarbeid fungerte tilfredsstillende i det daglige, men var i tvil om samarbeidet ville være tilstrekkelig ved en delt bostedsordning. Lagmannsrettens avgjørelse innebar at tingrettens avgjørelse ble opprettholdt. Dette innebar også at en omfattende samværsordning ble opprettholdt.

#### 6.5 LB-2011-22730

Saken gjaldt en midlertidig avgjørelse om fast bosted og samvær for et barn. Oslo tingrett hadde avgjort at foreldrene skulle fortsette å praktisere delt bosted frem til endelig avgjørelse om bosted forelå i saken. Dette ble ansett for å være avslag på begjæring om midlertidig avgjørelse, ettersom foreldrene ikke selv ble enige om bostedsløsning frem til hovedforhandling. Mor anket tingrettens avgjørelse.

---

<sup>155</sup> LB-2010-53483 s. 5

<sup>156</sup> LF-2010-19134 s. 4

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at avgjørelsen skal være til barnets beste. Retten viste til at det på avgjørelsestidspunkt var tre uker igjen til hovedforhandling hvor spørsmålet om barnets bosted skulle avgjøres.<sup>157</sup> På dette grunnlaget mente retten det var lite hensiktsmessig å treffe noen midlertidig avgjørelse som endret på gjeldende ordning. Lagmannsretten avgjørelse innebar at tingrettens dom ble stående. Avgjørelsen var enstemmig.

## 6.6 Oppsummering

Det som fremkommer i de avgjørelser som er referert, viser at lagmannsrettene har fulgt opp forarbeidenes krav om høy grad av sikkerhet for at avgjørelsen er til barnets beste, dersom delt bosted skal pålegges. I tre av avgjørelsene er det vist til at konfliktnivået mellom foreldre er for høyt og /eller at samarbeidet om barna ikke er tilstrekkelig. I en av sakene var dette en fremtidsvurdering, retten vurderte samarbeidet om barna tilstrekkelig til samvær, men ikke til delt bosted. Dette er vurderinger i tråd med det som forarbeidene legger opp til, basert på hvilke forutsetninger som må foreligge, og kravet til sikkerhet for at delt bosted skal være til barnets beste.

Det kan ikke legges til grunn at de avgjørelser som er vist til her, gir en helhetlig forståelse av lagmannsrettenes vurderinger, til det er utvalget av rettsavgjørelser for lite og dermed ikke representativt. Høyesterettspraksis foreligger foreløpig ikke. Det kan derfor ikke trekkes konklusjoner om hvordan domstolen forholder seg til adgangen til å idømme delt bosted og hvordan 'særlege grunnar' vurderes.

---

<sup>157</sup> LB-2011-22730 s. 3

## **7 Mulige konsekvenser av pålagt delt bosted**

### **7.1 Innledning**

Lovbestemmelsen som regulerer avgjørelsen om hvor barnet skal bo, innebærer at foreldre kan pålegges å praktisere delt bosted. Dette gir domstolene mulighet til å pålegge en ordning som griper inn i den innerste private sfæren i menneskers liv. En tvungen praktisering av delt bosted vil trolig medføre store konsekvenser både av følelsesmessig og praktisk art for de involverte, og det vil kunne få samfunnsmessige konsekvenser i ulike former. De ulike forholdene griper inn i hverandre og vil se noe ulike ut alt etter hvem sitt ståsted som tas som utgangspunkt for betraktningene. Jeg skal forsøke å belyse mulige konsekvenser ut fra et samfunnsmessig perspektiv, deretter ut fra foreldrenes ståsted og til slutt se på mulige konsekvenser lovendringen vil kunne få for barn.

### **7.2 Samfunnsmessige konsekvenser**

Vi har tidligere sett at kriteriet for avgjørelse av barnets bosted, er skjønnsmessig utformet og i stor grad overlater avgjørelsen til domstolen. Den enkelte dommer må foreta en konkret vurdering i den aktuelle saken. Slik var det også før lovendringen i 2010.

Slik jeg ser det, vil muligheten for å pålegge delt bosted, innebære et større inngrep i familiens liv enn det som var tilfelle da domstolen måtte velge bosted hos en av foreldrene. Forarbeidene er tydelige på at domstolen må ha stor grad av sikkerhet for at delt bosted er til barnets beste før dom kan avsies. På dette grunnlaget vil domstolen kunne få behov for å bruke sakkyndige i enda større grad enn tidligere, både fordi konsekvensene for barna vil kunne bli omfattende og fordi dommerens mulighet til å gjøre vurderinger om barns beste fremover i tid, vil være begrenset.<sup>158</sup> En økt bruk av sakkyndige vil for det ene øke kostnadene i barnefordelingssaker og for det andre legge

---

<sup>158</sup> Sandberg (1990) s. 117-118

beslag på ressurser det er knapphet på. Bruk av sakkyndige kan også få innvirkning på hvor lang tid det tar å få en avgjørelse i en sak.

Et annet moment er hensynet til rettssikkerheten. Dette vil berøre de involverte parter i størst grad, men kan også få samfunnsmessige konsekvenser. Et moment som har betydning for rettssikkerheten, er å kunne forutberegne utfallet av en eventuell sak.<sup>159</sup> Frem til det foreligger Høyesterettspraksis som peker ut klare momenter i vurderingen, vil derfor forutsigbarheten i slike saker antakelig være mindre enn da domstolene måtte velge et bosted og momenter for vurderingen var fastlagt i rettspraksis. Dette vil i neste omgang kunne føre til at antall saker øker, med de kostnader det medfører for samfunnet, samt at det vil kunne få konsekvenser for de enkelte foreldre som er i tvil om de skal fremme sak for domstolen. Dette var en konsekvens som det ble advart mot av 2008 utvalgets mindretall.<sup>160</sup>

Det ble drøftet under arbeidet med NOU 1998: 17 og NOU 2008: 9 om adgangen til å idømme delt bosted vil kunne få innvirkning på de avtaler som gjøres utenfor rettssalen. I den grad dette er avtaler som foreldrene kommer frem til på frivillig grunnlag, har forskningen på området vist at dette kan fungere bra for både barn og voksne. Når det gjelder påtvungne løsninger, er forskningsresultatene ikke like oppløftende, jfr. kapittel 4. Mulighet for å pålegge delt bosted vil kunne føre til at flere avtaler inngås mer eller mindre motvillig, under press og under visshet om det uansett vil kunne pådømmes. Dette vil kunne medføre at flere barn vil kunne komme til å leve med løsninger som ikke fungerer godt. Det vil kunne føre til omfattende problemer for en stor gruppe barn dersom de negative konsekvensene av å leve tett mellom to foreldre i konflikt melder seg. I et samfunnsmessig aspekt vil det kunne medføre store kostnader.

### 7.3 Konsekvenser for foreldrene

De foreldre som mot sin vilje blir pålagt å praktisere delt bosted, vil kunne oppleve det som et stort inngrep i sitt privatliv. Det vil ha praktiske konsekvenser i form av at

---

<sup>159</sup> Sandberg (1990) s. 114

<sup>160</sup> NOU 2008: 9 s. 83-84

foreldrene ikke kan flytte, noe som i neste omgang kan få konsekvenser for valg av arbeid. Hvorvidt foreldrene kan skifte bosted i nærmiljøet og hvor langt de kan flytte, fremstår som uavklart. Ottosen setter problemstillingen på spissen og spør om det i realiteten er mulig å bli skilt når foreldre har barn sammen. Foreldre pålegges å samarbeide om barna i et livslangt foreldreskap, som har erstattet det livslange ekteskapet.<sup>161</sup>

Delt bosted får økonomiske konsekvenser for retten til bidrag, for retten til barnetrygd og andre trygdeytelser forbeholdt enslige forsørgere, samt skattemessige forhold. Spørsmål om hvem som skal betale for utgifter til utstyr, klær og aktiviteter blir satt på spissen på en annen måte enn ved utvidet samvær. Ved ett fast bosted og utvidet samvær vil det være en av foreldrene som har plikt til å betale bidrag til barnet, mens den av foreldrene som barnet bor fast hos, vil ha plikt til å bruke bidraget til barnets underhold.

I tillegg til de praktiske utfordringene ved delt bosted, vil et uønsket og påtvunget tett samarbeid om barns liv, kunne få følelsesmessige konsekvenser for foreldrene. Dersom samarbeidet og forhold rundt dette blir en påkjenning for en eller begge av foreldrene, vil det kunne ha som følge at deres omsorgsfunksjoner påvirkes i negativ retning. Dette vil i neste omgang få konsekvenser for barna.<sup>162</sup> Som forskningen viser, kreves det at foreldrene viser fleksibilitet og vilje og evne til å overvinne de praktiske problemstillingene som melder seg, i tillegg til å holde oversikt over alle sidene av barnets liv. Dersom delt bosted pålegges i strid med minst en av foreldrenes vilje, kan det tenkes at foreldrene ikke klarer å finne frem til en slik smidighet. Barn som skifter bosted hver uke, vil mer enn andre barn ha behov for foreldre som er engasjerte og har oversikt over livet deres, for å oppleve mening og sammenheng i tilværelsen. Konsekvenser av eventuelle mangler er grundig dokumentert i forskningen,<sup>163</sup> se også kapittel 4.

---

<sup>161</sup> Ottosen (2004)

<sup>162</sup> Rød (2010) s. 93

<sup>163</sup> Nissen (1994) s.113-116, Smart (2004) s. 490-501

Mindretallet i NOU 2008: 9 hevder at betydningen av adgangen til å avsi dom for delt bosted først og fremst vil ha betydning for foreldrene, ettersom domstolen allerede hadde adgang til å pålegge 50 % samvær.<sup>164</sup> Hvorvidt delt bosted vil oppleves som et gode eller et onde for foreldrene, er vanskelig å si. I tillegg til de nevnte praktiske og følelsesmessige utfordringer vil den delte bostedskompetansen by på utfordringer for foreldre som ikke samarbeider godt. Etter mitt syn rommer den delte bostedskompetansen mulighet for maktkamp mellom foreldrene, med de negative konsekvenser det kan innebære for alle parter.

#### 7.4 Konsekvenser for barna

Som vist til i fremstillingen kan antall saker øke som en følge av lovendringen. Dette vil medføre at flere barn vil oppleve at foreldre har saker for retten. Barneloven § 31 er klar på at barn skal ha uttalerett og at barns mening skal vektlegges i saker som omhandler dem. En slik forpliktelse følger også av Barnekonvensjonen artikkel 12. Barna vil derfor bli trukket inn i foreldrenes rettssak. Hvordan dette slår ut for barna vil antakelig variere fra barn til barn, avhengig av alder, personlighet og grad av konflikt og involvering. Noen barn kan oppleve det tryggere å vite hva rettssaken handler om og det kan oppleves bra å bli spurt og kunne få uttale seg. Andre barn kan bli utrygge, blant annet dem som ikke kjente til foreldrenes konflikt og /eller omfanget av den.

Barn kan tenke at foreldrenes skilsmisse eller samlivsbrudd er deres skyld og vil ha varierende mulighet til å forstå hva det innebærer å skulle uttale seg om sitt syn. Mindretallet i utvalget i 2008 vurderte det som en påkjenning for barnet å skulle forklare seg for en domstol.<sup>165</sup>

Haugli uttaler bekymring for barnets integritetsvern og hvordan opplysningene som innhentes av og om barnet blir brukt i rettssaker om barn.<sup>166</sup> En annen side av

---

<sup>164</sup> NOU 2008: 9 s. 83

<sup>165</sup> NOU 2008: 9 s. 84

<sup>166</sup> Haugli (2004) s. 81

uttaleretten er at når barn skal høres i en sak, kan dette for noen barn oppleves som et stort ansvar. Dette kan ses som bra eller mindre bra, avhengig av perspektivet. I et perspektiv som fokuserer på barnets rettigheter og kompetanse vil se det kunne ses som et gode for barnet. I et perspektiv som fokuserer på at barnet må beskyttes og ivaretas, vil en kunne anta at dette ikke vil fremme barnets trygghet til sine foreldre. For barnet selv, vil perspektivet antakelig ikke spille så stor rolle. Det avgjørende vil være virkningen for deres opplevelse av seg selv og sin egen rolle og hva det eventuelt gjør med relasjonen til foreldrene. Hvordan barn blir møtt og snakket med under slike samtaler vil være avgjørende for hvordan barn opplever situasjonen der og da, og for hvordan barnet vil tenke om det i etterkant.

I saker som ikke går til hovedforhandling, men som avgjøres under et saksforberedende møte eller ved mekling, vil barnas synspunkter kunne være det avgjørende momentet for hva foreldrene kan enes om. Foreldrenes holdninger etter mekling eller dom vil kunne virke inn på relasjonen mellom barn og foreldre. Dersom en av foreldrene er svært uenige i en avgjørelse om delt bosted, kan også den voksne tenke at det er barnets 'skyld' at avgjørelsen ble slik den ble. Barnets rolle i en barnefordelingssak og konsekvenser for relasjonen mellom foreldre og barn, kan jeg ikke se har vært vurdert i forarbeidene eller vært tema for den forskningen det har vært vist til. Det er derfor grunn til å tro at lovgiver ikke har vært helt oppmerksom på barnets rolle eller hvilken vekt barns synspunkter kan komme til å bli tillagt i saker om delt bosted.

Selv om barnefordelingssaker skal prioriteres, vil slike saker likevel kunne ta tid, særlig dersom avgjørelsene ankes. Både foreldre og barn vil i denne tiden leve med usikkerhet og dette øker påkjenningen for foreldrene, og kanskje enda mer for barnet som har en annen tidsoppfatning enn voksne.<sup>167</sup>

Domstolens adgang til å idømme delt bosted, vil innebære at det utøves stor grad av skjønn, i tillegg til at bevisene kan være vanskelige å vurdere og fremtidsprognoser og konsekvenser vil kunne være usikre. Avgjørelser knyttet til barnefordelingssaker kan derfor fremstå som materielt usikre. Etter uttalelsene i forarbeidene skal domstolen i

---

<sup>167</sup> Sandberg (1990) s. 116



slike tilfelle være forsiktig med å pålegge delt bosted. Spørsmålet vil derfor bli hvordan domstolen vil vurdere de forutsetninger som foreligger og vilkåret om særlige grunner.

Vi har tidligere sett at lovgiver har stor styringsvilje i familiesaker og forarbeidene er tydelige på hvilke verdier som ligger til grunn for lovendringen. Hensynet til mest mulig samvær ses som et gode for barnet og hensynet til likestilling mellom foreldre er vektlagt. Dette kan innebære en fare for at det blir fattet avgjørelser som indirekte vektlegger hensyn som ikke er til barnets beste.

I de avgjørelsene som er referert til i kapittel 6, kan det se ut til at domstolene i disse sakene har valgt å praktisere adgangen til å idømme delt bosted som den snevre unntaksbestemmelsen som forarbeidene legger opp til. Dette taler etter mitt syn til barnets fordel.

Haugli viser til at ikke bare loven, men også domstolen, ser ut til å legge til grunn en samarbeidsideologi som tilsier at foreldrene vil kunne samarbeide, også i tilfeller hvor domstolen må avgjøre bostedsspørsmålet. Hun er kritisk til dette og mener at det ikke er dokumentert at så skjer. Det som imidlertid er godt dokumentert er at barn som lever tett på foreldrenes konflikter løper en stor risiko for å ta skade av det.<sup>168</sup> Knut Rønbeck og Ragnhild Kverneland skriver at barn bedre kan tåle at en av foreldrene dør enn å leve med foreldrenes sterke og vedvarende konflikter.<sup>169</sup> En slik vurdering vil være enda mer tungtveiende i saker om delt bosted hvor foreldrene må samarbeide i enda større grad enn ved et fast bosted. Mindretallet i NOU 2008: 9 har heller ikke tro på at delt bosted kan dempe konflikter. Slike forventninger har ikke blitt innfridd.<sup>170</sup>

Delt bosted kan være en god løsning for barn, men den kan også være en svært dårlig løsning. Etter min vurdering er det en stor fare for at pålagt delt bosted vil innebære at foreldre blir værende i sine konflikter og dermed fungere dårligere som

---

<sup>168</sup> Haugli (2010) s. 13

<sup>169</sup> Rønbeck (2006) s. 181

<sup>170</sup> NOU 2008: 9 s. 83-84

omsorgspersoner enn om barnet hadde et fast bosted og jevnlig samvær med den andre. Jeg kan ikke se at noen forskning har dokumentert nødvendigheten av delt bosted.

Jesper Juul siterer en tolv år gammel jente: ”Mine foreldre bare flyttet fra hverandre. Det var jeg som ble skilt!”<sup>171</sup> Juul advarer mot en ordning som er allment akseptert og politisk korrekt, men som pålegger den svakeste parten, dvs. barnet, store omkostninger.

Et tema som har vært reist både i forarbeider og i litteratur, er hvorvidt fokus skal ligge på barns behov eller på barns rettigheter i saker om barnefordeling.<sup>172</sup> En lovbestemmelse basert på rettigheter ville gitt større forutberegnelighet, men ville samtidig kunne avskåret en vurdering av hva som er barnets behov. Det er også vanskelig å se hvordan en rettighetsbestemmelse skulle vært utformet med tanke på en løsning i tråd med barnets beste.

Hva som er barnets behov i en delt bostedsløsning er grundig dokumentert og kan kort oppsummeres med at løsningen må være på barnets premisser, den må være fleksibel og barnet må få dekket sine grunnleggende psykologiske behov for bla. tilhørighet, stabilitet, kontinuitet, tillit og respekt.<sup>173</sup> I dette perspektivet er det klart at foreldrene ikke kan ha alvorlige og langvarige konflikter seg i mellom.

Muligheten for endringer og fleksible løsninger blir trolig mindre dersom bostedsløsningen følger av en rettslig avgjørelse.<sup>174</sup> Foreldrene vil måtte gå veien om ny rettssak hvor det kreves at det foreligger særlige grunner i henhold til bl § 64 annet ledd dersom det skal avsies ny avgjørelse. Dette svekker barnets behov for bostedsløsninger som er tilpasset deres skiftende behov gjennom oppveksten.

---

<sup>171</sup> Juul (2011)

<sup>172</sup> Haugli (2004) s. 82-83

<sup>173</sup> Nissen (1994) s. 113-116, Skjørten (2007) s. 259-264 og Smart (2004) s. 487-490

<sup>174</sup> NOU 2008: 9 s. 83

## 7.5 Konklusjon

Som vist til, er hensynet til fars rettigheter, sammen med hensynet til likestilling, tillagt stadig større vekt i lovforarbeider. Det er argumentert for at dette er til barns beste og at det må lede til at domstolen kan pålegge foreldre og barn en delt bostedsordning.

Det er ingen tvil om at barnefordelingssaker innebærer vanskelige avveininger.

Lovgiver har hatt mange hensyn å ivareta. Avveiningen har medført at lovgiver har gitt domstolen en viss adgang til å avsi dom for delt bosted. Hvorvidt en idømt delt bostedsløsning vil være til barnets beste kan etter mitt syn diskuteres. Slik jeg ser det er barnets beste benyttet som en konstruksjon som legitimerer hensynet til likestilling og farsrettigheter, kan hende på bekostning av hensynet til barn. I så tilfelle er realiteten at hensynet til de voksne er tillagt større vekt enn hensynet til barna. Bestemmelsens anvendelse vil måtte avgjøres av domstolen i den enkelte sak. Det vil derfor bli interessant å se hvordan Høyesterett vurderer vilkårene for at delt bosted skal være til barnets beste.

## 8 Litteraturliste

### **Bøker**

Backer, Inge Lorange *Barneloven. Kommentarutgave*. 2. utg. Oslo, 2008

Nissen, Morten *Dele børn. En salomonisk løsning*. København, 1994

Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Bergen, 2009

Sandberg, Kirsten *Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*. Oslo, 1990

Skjørtén, Kristin; Barlinhaug, Rolf og Lidén, Hilde *Delt bosted for barn*. Oslo, 2007

Smith, Lucy og Lødrup, Peter *Barn og foreldre*. 7. utg. Oslo, 2006

### **Redigerte bøker**

*Barnets bästa*. Redigert av Bengt Sandin og Gunilla Halldén. Stockholm, 2003

*Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*. Redigert av Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Oslo, 2008

### **Artikler**

Ottosen, Mai Heide *In the Name of The Father, The Child and The Holy Genes*. I: Acta sociologica. Journal of the nordic sociological association. Vol. 49 No. 1 March 2006, s. 29-46

### **Skriftserie**

Schiratzki, Johanna *Barnets bästa med fokus på hovedprinsipper –den svenske rapporten*. I: Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste. Redigert av Trude Haugli. (Det juridiske fakultetet, skriftserie nr. 56. Tromsø, 2003)

### **Avisartikler**

Juul, Jesper *De delte barna* I: Dagbladet 12.11.2011

### **Nettdokumenter**

Haugli, Trude *Almennprevensjon som argument for overføring av foreldreansvar?*

I: Jussens Venner 1993 s. 180-208. Referert fra Lovdata.

Haugli, Trude *Det mangfoldige barnets beste*. Festskrift til Peter Lødrup, 2002. s. 313-326. Referert fra Lovdata.

Haugli, Trude *Skiftende ideologier i barnelovgivningen – alltid til barnets beste?*

Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget 2004, s. 77-88. Referert fra Lovdata.

Haugli, Trude *Er barnet i fokus?* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008 s. 156-172. Referert fra lovdata.

Haugli, Trude *Barnerett – utviklingstrekk og utfordringer*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2010 s. 5-24. Referert fra Lovdata.

Ottosen, Mai Heide referert i internettavisen for politikk og kultur, Information 24.desember 2004. <http://information.dk/100961> Referert fra internett 10.10.2011.

Universitetet i Oslo i samarbeid med Språkrådet *Bokmålsordboka /Nynorskordboka* Nettversjon 2010, referert 24.08.2011

Rød, Per Arne *Konfliktfylt barnefordeling – arena for barnevernet?* I: Fokus på familien 02, 2010 s. 91-115. Referert fra idunn.no

Rønbeck, Knut og Kverneland, Ragnhild *Advokatrollen i barnefordelingssaker* I: Lov og rett 03/2006 s. 171 – 182. Referert fra idunn.no

Smart, Carol *Equal shares: rights for fathers or recognition for children?* I: Critical Social Policy, 2004 s 484-502. <http://csp.sagepub.com/content/24/4/484>

## **Lover**

Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7

Lov av 3. mars 1989 nr. 8 (endringslov)

Lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) m.v. av 13. juni 1997 nr. 39

Lov om endringer i barnelova mv. av 9. april 2010 nr. 13

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

## **Konvensjoner**

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

## **Lovforarbeider**

### **Utredninger**

|              |  |
|--------------|--|
| NOU 1977: 35 | Lov om barn og foreldre (barneloven)   |
| NOU 1998: 17 | Barnefordelingssaker- avgjørelsesorgan,<br>saksbehandlingsregler<br>og delt bosted               |
| NOU 203: 31  | Retten til et liv uten vold  |
| NOU 2008: 9  | Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens<br>regler om foreldreansvar, bosted og samvær |

### **Odelstingsproposisjoner**

|                              |  |
|------------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 62 (1979-1980)   | Om lov om barn og foreldre (barneloven)  |
| Ot. prp. nr. 44 (1987-1988)  | Om lov om endringer i barneloven (underholdsbidrag,<br>samværsrett m v)  |
| Ot.prp. nr. 56 (1996-1997)   | Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn<br>og foreldre (barneloven)  |
| Ot.prp. nr. 103 (2004-2005)  | Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av<br>samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å<br>beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall,<br>tilbakebetaling av barnebidrag mv.) |
| Ot.prp. nr. 11 (2005-2006)   | Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av<br>samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å<br>beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall,<br>tilbakebetaling av barnebidrag mv.) |
| Ot. prp. nr. 104 (2008-2009) | Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt<br>bosted, samvær, vold mv.)   |
| Prop. 14 L (2009-2010)       | Endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær,<br>vold mv.)   |

### **Andre lovforslag**

Dok. 8: 44 (1998-1999) Forslag fra stortingsrepresentantene Per Sandberg, Per Roar Bredvold og Siv Jensen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). (Endring av kap. 5 og 6 - Begge foreldre gis lik rett til samvær/foreldreansvar for sine barn.)

### **Innstillinger**

Innst. O. nr. 30 (1980-1981) Innstilling fra justiskomiteen om lov om barn og foreldre (barneloven)

Innst. O. nr. 23 (1988-1989) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) underholdsbidrag, samværsrett m.v.)

Innst. O. nr. 100 (1996-1997) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Innst. O. nr. 44 (2000-2001) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Per Sandberg, Per Roar Bredvold og Siv Jensen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). (Endring av kap. 5 og 6 - Begge foreldre gis lik rett til samvær/foreldreansvar for sine barn)

Innst. S. nr. 53 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om familien - forpliktende samliv og foreldreskap

Innst. O. nr. 35 (2005-2006) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

Innst. 160 L (2009-2010)      Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

### **Stortingsdokumenter**

St. meld. nr. 29 (2002-2003) Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap

### **Rettsavgjørelser**

Rt. 1940-155

Rt. 1980-313

Rt. 1991-1050

Rt. 1991-1148

Rt. 2005- 682

LF-2010-19134

LG-2010-53338

LB-2010-53483

LB-2011-22730



## 9 Tabeller

Statistisk sentralbyrå; Historisk statistikk: Befolkning

tabell 05694: Barn under 18 år som har opplevd foreldres  
skilsmisse i 2010; 10 011

tabell 05709: Barn under 18 år som har opplevd foreldres  
separasjon i 2010; 13 172

tabell 05692 Antall skilsmisser i 2010; 10 224

tabell 05695 Antall separasjoner i 2010; 11 711